

W POSZUKIWANIU PRAWDY

Rozważania o prawie, historii i sprawiedliwości

*Prace dedykowane
profesorowi Janowi Widackiemu*

W POSZUKIWANIU PRAWDY

Rozważania o prawie, historii i sprawiedliwości

Redakcja:

Katarzyna Banasik, Anna Kargol, Agnieszka Kubiak-Cyrul,
Marek J. Lubelski, Ewa Plebanek, Adam Strzelec

Kraków 2018

Rada Wydawnicza Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego:
Klemens Budzowski, Maria Kapiszewska, Zbigniew Maciąg, Jacek M. Majchrowski

Recenzenci:

dr hab. Anna Golonka, prof. UR
dr hab. Izabela Lewandowska-Malec, prof. UJ
prof. dr hab. Jacek Mazurkiewicz
dr Kamila Schöll-Mazurek
dr hab. Aleksandra Trzcielińska-Polus, prof. UO

Redaktor prowadzący: Halina Baszak-Jaro

Wstępne prace redakcyjne: Jakub Aleksejczuk

Adiustacja: Filip Rekucki-Szczurek

ISBN 978-83-66007-06-2

Copyright© by Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
Kraków 2018

Żadna część tej publikacji nie może być powielana ani magazynowana
w sposób umożliwiający ponowne wykorzystanie,
ani też rozpowszechniana w jakiegokolwiek formie
za pomocą środków elektronicznych, mechanicznych, kopiujących,
nagrywających i innych, bez uprzedniej pisemnej zgody właściciela praw autorskich

Na zlecenie:



Krakowskiej Akademii
im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
www.ka.edu.pl

Wydawca: Oficyna Wydawnicza AFM, Kraków 2018

Projekt okładki i skład: Oleg Aleksejczuk

Druk i oprawa: Wydawnictwo Platan

Spis treści

Christian Bachhiesl

Wirtschaftskampf und Minderheiten - Der Beitrag
des Kriminologen Adolf Lenz zum Völkerrecht 11

Katarzyna Banasik

Ustawowy wymóg niekaralności 31

Bogusława Bednarczyk

Some Reflections on Minors Human Rights Protection
in the Digital Age 41

Tadeusz Biernat

W kręgu pytań o sprawiedliwość i legitymizację prawa 51

Janina Błachut, Magdalena Grzyb

Seksualna panika czy racjonalna polityka? O reakcji
na molestowanie seksualne studentek w Stanach Zjednoczonych 67

Jan Czaja

Wpływ polityki międzynarodowej na rozwój prawa
międzynarodowego 89

Irena Czaja-Hliniak

Sankcje w prawie finansowym (wybrane zagadnienia) 107

Janina Czapska

Proaktywne strategie policyjne - szanse i zagrożenia 123

Małgorzata Czermińska

Die Europäische Union als Handelsgrößmacht in einem
Drei-Mächte-System. Ein theoretisches Modell..... 147

Erhard Cziomer

Polityczno-prawne aspekty stanowiska Niemiec wobec
odszkodowania wojennych dla Polski - geneza i ewolucja
kontrowersji prawno-politycznych 163

Wojciech Dadak

Terroryzm - nowe zagrożenie czy niedostrzegane wcześniej zjawisko? O problemach z definiowaniem i analizą przestępstwa terrorystycznej	183
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Joanna Dzierżanowska

Standardy zapewnienia jakości opinii biegłych w procesie karnym ..	199
--------------------------------------------------------------------	-----

Józef K. Gierowski

Kilka uwag o potrzebie wprowadzenia nowych zasad oceny i monitorowania ryzyka przemocy kryminalnej w polskim systemie prawa karnego.....	211
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Piotr Girdwoy

Mowa końcowa i ostatnie słowo - uwagi taktyczne	231
-------------------------------------------------------	-----

Mieczysław Goc

Postępowanie w kryminalistycznych badaniach dokumentów - przegląd nowych metod i technik badawczych	247
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Marcin Gołaszewski

Przesłuchanie biegłego z zakresu badań poligraficznych (wariograficznych) w postępowaniu jurysdykcyjnym - tryb, najczęściej zadawane pytania i prawidłowe odpowiedzi	269
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Marta Grzybowska

Regionalizacja w Polsce jako przeciwwaga dla centralizacji administrowania państwem oraz czynnik decydujący o rozwoju lokalnym	299
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Anna Ibek

Kilka uwag o rozumowaniach w analizie śledczej.....	313
-----------------------------------------------------	-----

Elżbieta Jabłońska

„Zapomniany profesor” - Józef Michał Rosenblatt	323
-------------------------------------------------------	-----

Piotr Kardas

Podstawy odpowiedzialności za współdziałanie w popełnieniu wykroczenia. Kilka uwag o nieistniejących przepisach	339
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Anna Kargol

Filozofia żołnierza. Czyli o praktycznym zastosowaniu pewnej idei w Zakonie Krzyża i Miecza - organizacji żołnierzy Wojska Polskiego lat trzydziestych	367
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

<i>Sebastian Koczur</i>	
Sprawiedliwość w prawie pracy	385
<i>Konrad Kohutek</i>	
Google szkodzi konkurentom czy konkurencji (konsumentom)? Dyskusyjność interwencji Komisji Europejskiej w zachowania internetowego giganta	401
<i>Krzysztof Krajewski</i>	
Całkowity zakaz substancji psychoaktywnych, jako sposób rozwiązania problemu dopalaczy?.....	415
<i>Agnieszka Kubiak-Cyrul, Janusz Szwaja</i>	
Wzorce umowne w projekcie rozporządzenia UE w sprawie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży	431
<i>Jakub Kwiatkowski</i>	
Nowe technologie jako jeden z determinantów pozycji na osi wolności-bezpieczeństwo	441
<i>Łukasz Lep</i>	
Rozwój badań poligraficznych w Republice Kazachstanu	455
<i>Marek J. Lubelski</i>	
Wokół książki Henri Gaumego <i>Więzienie: największy hotel Francji</i>	471
<i>Jacek M. Majchrowski</i>	
Proces powoływania i odwoływania rzecznika w latach Drugiej Rzeczypospolitej (szkic problemu)	483
<i>Paweł Marek</i>	
Status prawny biegłego sądowego	501
<i>Beata Molo</i>	
Die deutsche Energieversorgung im europäischen Vergleich - einige Aspekte	517
<i>Rajmund Mydel</i>	
Przestępczość w mieście Detroit jako jeden z przejawów procesu <i>urban decay</i>	539
<i>Marcin Pieniążek</i>	
Obiektywność tekstu prawnego wobec pojęcia autonomii semantycznej. Uwagi do teorii Paula Ricœur'a.....	557

Ewa Plebanek

Badania poligraficzne w polskim procesie karnym w świetle
aktualnego dorobku doktryny i judykatury..... 581

Monika Płatek

Nawiązanie do Karola Marksa 605

Wojciech Pyziół, Anna Walaszek-Pyziół

Kilka refleksji na temat statusu prawnego partnera
w prawniczej spółce partnerskiej619

Angelika Rzeźniczak

Badania poligraficzne w polskim postępowaniu karnym
na podstawie prowadzonych postępowań karnych w Sądzie
Okręgowym w Krakowie w latach 2012-2017..... 627

Ewa Sałkiewicz-Munnerlyn

Odszkodowanie za ludobójstwo Ormian - możliwości 643

Barbara Stachura-Kawecka

Dozór elektroniczny w wymiarze sprawiedliwości -
wybrane problemy etyczne i praktyczne..... 653

Iga Starowicz

Poziomy kryminalistycznej analizy pisma rękopisnego669

Barbara Stoczewska

Piłsudczyk i adwokat. Stanisław Bukowiecki o narodzie
i ustroju państwa..... 677

Adam Strzelec

Rejestr Sprawców Przestępstw na Tle Seksualnym 699

Andrzej Wiątkowski

Fałszerstwo fakturowe jako przykład kryminalizacji społecznej 715

Andrzej Marian Wiątkowski

Dopuszczalność stosowania przez pracodawców taktyk i technik
pseudokryminalistycznych w stosunkach pracy731

Marcin Tarabula

Dopuszczalność badań poligraficznych w polskim
postępowaniu karnym w świetle poglądów doktryny
i judykatury - historia i stan współczesny..... 753

Danuta Waniek

O drodze Polek ku emancypacji.....767

Małgorzata Witek-Wiaderek

Ekstradycja a obowiązek poszanowania prawa do życia prywatnego i rodzinnego. Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka	779
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Tadeusz Widła

Panorama sygnowania dzieł sztuki	789
----------------------------------------	-----

Bartosz Włodarski

W poszukiwaniu wzorca nauki o polityce - rzecz o lwowskiej Szkołe Nauk Politycznych 1902-1906.....	811
-------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Mariusz Załucki

O niektórych możliwościach zastosowania osiągnięć biometrii w ustawodawstwie prawnospadkowym	847
-------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Christian Bachhiesl

Wirtschaftskampf und Minderheiten - Der Beitrag des Kriminologen Adolf Lenz zum Völkerrecht

1. Adolf Lenz, Kriminologe und Völkerrechtler

Adolf Lenz (1868-1959) ist einer jener Wissenschaftler, die zu Zeiten ihrer Karriere eine gewisse Bedeutung erlangen und ihrem Fach zeitweilig den Weg weisen, nach dem Ende ihrer aktiven Laufbahn jedoch bald in Vergessenheit geraten und nur mehr einem kleinen Kreis historisch interessierter Fachleute bekannt sind. Da kämpft man ein Berufsleben lang um Erfolg und Anerkennung, jedoch: „Was hat nun der Mensch für Gewinn von dem, worum er sich abmüht?“¹. In diesem Beitrag wollen wir dem Wirken des Adolf Lenz nachspüren, auf dass sein Mühen nicht ganz dem Vergessen anheimfällt. Lohnend ist die Beschäftigung mit Lenz allemal, denn er hat sich mit Fragen befasst, die auch heute noch von einiger Relevanz sind.

Der 1868 in Wien geborene Lenz ist, wenn überhaupt, heute vor allem als Strafrechtler und Kriminologe bekannt. Er übernahm das nach dem Tode von Hans Gross (1847-1915) eines neuen Direktors bedürftige Kriminalistische Universitätsinstitut an der Grazer Karl-Franzens-Universität und richtete es neu aus. Hatte Hans Gross die von ihm in Graz neu institutionalisierte Kriminalwissenschaft an naturwissenschaftliche Standards gebunden und eine innige Verbindung von theoretischer Kriminologie und praktischer Kriminalistik angestrebt²,

¹ Prediger 3, 9, zit. nach: Die Heilige Schrift des Alten und Neuen Testaments. Mit dem Urtexte der Vulgata. Übersetzt und mit erklärenden Anmerkungen versehen von Augustin Arndt S. J., 3 Bde. (Regensburg u.a. 1910), Bd. 2, S. 304.

² Zu Hans Gross als Vertreter der sogenannten „modernen Richtung“, die an naturwissenschaftlich-exakte Standards anknüpfte, vgl. Christian Bachhiesl,

so wandte sich Lenz von der Naturwissenschaft als Vorbild ab und sah in den nach dem Ersten Weltkrieg immer populärer werdenden ganzheitlichen, irrational und intuitiv orientierten Geistesströmungen das für die Kriminologie bedeutsamste Paradigma³. So kann es auch nicht Wunder nehmen, dass Adolf Lenz an den in den 1920er Jahren in Graz durchgeführten Versuchen zur apparaturengestützten Lügendetektion keinen Anteil nahm⁴. Lenz entwickelte auf Grundlage ganzheitlich-irrationaler Erkenntnislehren seine Form der Kriminalbiologie, die mittels Körpermessung und „innerer Schau“⁵ die Persönlichkeit des Kriminellen erfassen und seine „Persönlichkeitsschuld“ feststellen sollte. Diese „Persönlichkeitsschuld“ bildete die Grundlage für die weitere Beurteilung des Delinquenten und für die Prognose seines künftigen Verhaltens.

In dem sogenannten Schulenstreit um die Reformierung des Strafrechts - sollte man das Schuldstrafrecht beibehalten oder gänzlich davon Abschied nehmen und auf die bloße Gefährlichkeit der Delinquenten abstellen, sollten formaljuristische Prinzipien oder naturwissenschaftliche Erkenntnisse die Bestrafung respektive Sicherheitsverwahrung von Straftätern legitimieren, sollte die Bestrafung von Straftätern oder der Schutz der Gesellschaft die vornehmliche Aufgabe des Strafrechts sein? - bezog Lenz eine Position, die auf einen Kompromiss abzielte: Das klassische Tatschuldstrafrecht, das als Maßstab für die Strafe die Schuld des Delinquenten lediglich im Hinblick auf seine konkrete Straftat heranzieht, genügte ihm nicht - man müsse den Tä-

Zwischen Indizienparadigma und Pseudowissenschaft. Wissenschaftshistorische Überlegungen zum epistemischen Status kriminalwissenschaftlicher Forschung (Wien, Berlin 2012); Christian *Bachhiesl*, Gernot *Kocher*, Thomas *Mühlbacher* (Hrsg.), Hans Gross - ein ‚Vater‘ der Kriminalwissenschaft. Zur 100. Wiederkehr seines Todestages (Wien 2015).

³ Zum geistesgeschichtlichen Hintergrund der Lenz'schen Kriminologie vgl. Christian *Bachhiesl*, Zur Konstruktion der kriminellen Persönlichkeit. Die Kriminalbiologie an der Karl-Franzens-Universität Graz (Hamburg 2005), S. 45-103.

⁴ Vgl. Christian *Bachhiesl*, The Search for Truth by „Registration of Expression“ - Polygraph Experiments in Graz in the 1920s, in: *European Polygraph* 7, 2 (2013), S. 55-68.

⁵ Zu einer historisch-epistemologischen Bewertung der ganzheitlich-irrationalen Erkenntnisgewinnung vgl. Christian *Bachhiesl*, Erkenntnismodus oder Methode? Wissenschaftshistorische Überlegungen zum epistemischen Stellenwert der Intuition, in: Christian *Bachhiesl*, Sonja Maria *Bachhiesl*, Stefan *Köchel* (Hrsg.), Intuition und Wissenschaft. Interdisziplinäre Perspektiven (Weilerswist 2018), S. 351-394 (im Druck). Zu Fragen der nicht propositionalen Erkenntnis generell vgl. Joachim *Bromand*, Guido *Kreis* (Hrsg.), Was sich nicht sagen lässt. Das Nicht-Begriffliche in Wissenschaft, Kunst und Religion (Berlin 2010).

ter, und nicht die Tat beurteilen. Andererseits wollte er von der Schuld als Maßstab für die Strafe nicht lassen und sah Reformbestrebungen, die einzig auf Gefährlichkeit und Gesellschaftsschädlichkeit des Delinquenten abzielten, als nicht sachgemäß an, da ihm die völlige Loslösung des Strafrechts vom Schuldprinzip und das bloß sicherheitsoptimierende Wegsperrn von Individuen zum Zwecke des Gesellschaftsschutzes das Strafrecht und Justizsystem nicht ausreichend zu legitimieren schienen. Daher plädierte er für eine Beibehaltung des Schuldprinzips, das aber erweitert werden sollte: Nicht die Schuld an einer oder mehreren konkreten Taten, die Tatschuld, sollte als Maßstab für die Strafe herangezogen werden, sondern die gesamte aktuelle und potentielle Schuld, die ein kriminell gewordener Mensch in sich herumtrage, eben die sogenannte „Persönlichkeitsschuld“.

Adolf Lenz führte seit den frühen 1920er Jahren Untersuchungen an Sträflingen der Grazer Haftanstalt Karlau durch, legte im Jahre 1927 mit dem „Grundriß der Kriminalbiologie“⁶ das erste Lehrbuch zu diesem Wissensfeld vor und wurde im selben Jahr auch zum Vorstand der internationalen Kriminalbiologischen Gesellschaft gewählt⁷. Allerdings konnte er seine Konzeption der Kriminalbiologie nicht durchsetzen: Seine ganzheitliche Ausrichtung und sein Irrationalismus konnten auf längere Sicht nicht Schule machen, und die zunehmend populär und ab 1933 in Deutschland sowie ab 1938 auch in Österreich bindend werden Theorien und Theoreme der Erbbiologie und der Rassenlehre spielten in Lenz' Denken keine sonderlich beachtenswerte Rolle. Lenz, der ab 1934 als Bundeskulturrat hoher Mandatar des autoritären Ständestaates war und dem nationalsozialistischen Anschlussdrängen eine eigene österreichische kulturelle Identität entgegensetzte, musste nach dem Anschluss Österreichs an das Dritte Reich im Jahre 1938 vorzeitig in den Ruhestand treten und zog sich dann nach Wien zurück. Nach dem Zweiten Weltkrieg spielte er in der sich wieder formierenden Kriminalbiologie keine nennenswerte Rolle mehr. Er verstarb im Jahr 1959 in Wien⁸.

⁶ Adolf Lenz, *Grundriß der Kriminalbiologie. Werden und Wesen der Persönlichkeit des Täters nach Untersuchungen an Sträflingen* (Wien 1927).

⁷ Zu dieser Gesellschaft vgl. Sylvia Kesper-Biermann, *Kriminalbiologische Gesellschaft (1927-1967)*, in: Ingo Haar, Michael Fahlbusch (Hrsg.), *Handbuch der völkischen Wissenschaften. Personen - Institutionen - Forschungsprogramme - Stiftungen* (München 2008), S. 34-350.

⁸ Zu Adolf Lenz und seiner ganzheitlich-irrationalen Kriminalbiologie vgl. *Bachhiesl*, *Zur Konstruktion der kriminellen Persönlichkeit*; Christian *Bachhiesl*, *Der Fall Josef Streck. Ein Sträfling, sein Professor und die Erforschung der Persönlichkeit* (Wien, Berlin 2010).



Prof. Dr. iur. Adolf Lenz (1868-1959)

Uns soll es jedoch hier nicht um Lenz' Wirken als Strafrechtler und Kriminologe gehen, sondern vielmehr um sein zweites rechtswissenschaftliches Standbein, das Völkerrecht. Lenz war, wie zu seiner Zeit nicht unüblich, auf mehreren Rechtsgebieten beschlagen: 1891 in Wien zum Dr. iur. promoviert, sammelte er zunächst als Richter praktische Erfahrung und wurde 1898 als Professor für Straf- und Zivilprozessrecht an die Universität Freiburg (Schweiz) berufen. 1902 wechselte er an die Universität Czernowitz in der damaligen Bukowina (heute Tscherniwzi in der Ukraine), seit 1909 bekleidete er in Graz eine Professur für Strafrecht, aber auch für Völkerrecht. In Graz trat er, bevor er sein Hauptaugenmerk der Kriminalbiologie zuwandte, mit strafrechtsvergleichenden⁹, aber auch mit völkerrechtlichen Publikationen in Erscheinung. So wurde er nach Ausbruch des Ersten Weltkriegs im Jahre 1914 vom österreichischen Justizministerium mit der Erstellung eines Gutachtens betreffend die Ansprüche, die Österreich aus den völkerrechtswidrigen Vorgehensweisen der Entente-Mächte erwachsen könnten, beauftragt, und dieses Gutachten publizierte er im Jahre 1915¹⁰. Die Auseinandersetzung mit völkerrechtlichen Themen ließ Lenz aber auch

⁹ Vgl. Adolf Lenz, Die anglo-amerikanische Reformbewegung im Strafrecht. Eine Darstellung ihres Einflusses auf die kontinentale Rechtsentwicklung (Stuttgart 1908); Adolf Lenz, Ein Strafgesetzbuch ohne Schuld und Strafe. Bedeutung und Tragweite des italienischen Vorentwurfs für die Strafrechtsreform in Deutschland und Österreich (Graz 1922).

¹⁰ Vgl. Adolf Lenz, Die Ansprüche an die feindlichen Staaten aus deren Völkerrechtswidrigkeiten. Ein Gutachten (Wien 1915).

nicht los, nachdem der Erste Weltkrieg für Österreich-Ungarn verloren und Österreich als Kleinstaat aus der Konkursmasse des Habsburgerreiches hervorgegangen war. Zwei Themenbereiche, die durch die Art und Weise, wie der Krieg geführt worden war, und durch die Folgen der neuen Staatenbildungen nach 1918 eine neue Dynamik entwickelten, fanden seine besondere Aufmerksamkeit: Die Austragung von Feindseligkeiten mit wirtschaftlichen Mitteln und die Rechte ethnischer Minderheiten. Zu beiden Themenbereichen legte Lenz Publikationen vor, und mit diesen wollen wir uns im Folgenden kurz befassen.

2. „Der Wirtschaftskampf der Völker“

Im Jahre 1920 erschien im Verlag von Ferdinand Enke in Stuttgart das Buch „Der Wirtschaftskampf der Völker und seine internationale Regelung“, verfasst von Adolf Lenz. Ausgehend von dem Umstand, dass der erst unlängst zu Ende gegangene Erste Weltkrieg¹¹ nicht nur mit Waffengewalt, sondern auch mittels wirtschaftlicher Kampfmaßnahmen geführt worden war, setzt sich Lenz in diesem Werk eingehend mit der wirtschaftlichen Konfliktführung auseinander, die er als eine Form des gewaltsamen Kampfes empfindet: „Die wirtschaftlichen Interessengegensätze zwischen den Völkern sind in der neuen Zeit in einer Weise ausgetragen worden, die wir als ‚Wirtschaftskampf‘ zu bezeichnen bereits gelernt haben“¹². Die Ursache für diesen Wirtschaftskampf aber sieht Lenz nicht bloß in den durch den Krieg freigesetzten Gewaltkaskaden begründet, sondern in dem das 19. Jahrhundert prägenden Imperialismus, der auch das Wirtschaftsleben zu einem Kampfplatz um Vorherrschaft gemacht habe:

Der wirtschaftliche Imperialismus ist zwar nur ein Teil des Strebens nach Vorherrschaft, aber der für den Frieden der Völker gefährlichste. Der wirtschaftliche Erwerbstrieb des Volkes geht zu Lande über die Staatsgrenzen hinaus und betätigt sich im fremden Staatsgebiet unter Beschränkung oder gar Ausschluß der Landesbevölkerung; er greift auf das allen Völkern gemeinsame Interesse an der Seeschifffahrt über; er ist damit zu einem ständigen Quell internationaler Verkehrsstreitigkeiten geworden¹³.

¹¹ Zum Ersten Weltkrieg vgl. Jörg *Friedrich*, 14/18. Der Weg nach Versailles (Berlin 2014); Jörn *Leonhard*, Die Büchse der Pandora. Geschichte des Ersten Weltkriegs (München 2014); Herfried *Münkler*, Der Große Krieg. Die Welt 1914-1918 (Berlin 2013).

¹² Adolf *Lenz*, Der Wirtschaftskampf der Völker und seine internationale Regelung (Stuttgart 1920), S. III.

¹³ *Lenz*, Der Wirtschaftskampf, S. V.

Unter dem „scheinbar harmlosen Vorhaben einer friedlichen Durchdringung (*pénétration pacifique*)“¹⁴ würden Methoden angewendet, „die den Feindseligkeiten des militärischen Krieges entsprechen“, so Lenz. Wirtschaft und Handel seien also als quasimilitärische Form der Konfliktführung zu bewerten. Diese Diagnose kann man gewiss auch heute so noch stellen, man sehe sich etwa nur die Bemühungen von USA und EU an, Russland politisch durch Wirtschaftssanktionen in die Knie zu zwingen - ein gewiss nicht ungefährliches Vorhaben, das den Keim zu weiterer Eskalation bis hin zum Krieg in sich trägt¹⁴. Wie schnell ein politischer und wirtschaftlicher Konflikt zu einem militärischen werden und wie sehr auch ein militärischer Konflikt durch Wirtschaftskriegführung beeinflusst werden kann, das hatte Lenz am Beispiel des Ersten Weltkrieges vor Augen, „der hauptsächlich durch das wirtschaftliche Kampfmittel der Blockade zugunsten der Feinde des Vierbundes entschieden wurde“¹⁵. Das Dogma der aktiven Handelsbilanz im Verbund mit der Dynamik des internationalen Kapitals und mit den im Nationalismus ebenso wie im Imperialismus präsenten Gewaltpotentialen hätten, so Lenz, zu dieser Katastrophe geführt, und dies lege es nahe, die Erscheinungsformen des wirtschaftlichen Imperialismus, des Wirtschaftskrieges und die Möglichkeiten seiner rechtlichen Regelung einer genauen Betrachtung zu unterziehen¹⁶.

Lenz setzt bei seiner Untersuchung beim englischen Imperialismus an, den er als Ursache für diese Entwicklung des Wirtschaftslebens ausmacht. Die Industrialisierung, der über weite Strecken erfolgreiche Versuch, den Welthandel deutlich zu dominieren, und die durch die voranschreitende Industrialisierung und durch das Bevölkerungswachstum hervorgerufenen Probleme¹⁷ hätten in England eine „Kampf Stimmung“¹⁸ hervorgerufen, die letztlich zu einem umfassenden System wirtschaftlicher Bevorzugung geführt hätte, wobei die Konkurrenz der europäischen Mächte¹⁹ sich durchgängig zum Nachteil

¹⁴ Vgl. Gabriele *Krone-Schmalz*, *Eiszeit. Wie Russland dämonisiert wird und warum das so gefährlich ist* (München 2017).

¹⁵ *Lenz*, *Der Wirtschaftskampf*, S. VII f.

¹⁶ Vgl. ebenda, S. VI-VIII.

¹⁷ Zu all diesen und weiteren Phänomenen, die das 19. Jahrhundert prägten, vgl. Jürgen *Osterhammel*, *Die Verwandlung der Welt. Eine Geschichte des 19. Jahrhunderts* (München 2009).

¹⁸ *Lenz*, *Der Wirtschaftskampf*, S. 4.

¹⁹ Vgl. hierzu Brendan *Simms*, *Kampf um Vorherrschaft. Eine deutsche Geschichte Europas 1453 bis heute* (München 2014).

der Protektorate und Kolonien ausgewirkt habe²⁰. Der wirtschaftliche Druck habe sich dabei zur wirtschaftlichen Gewalt verstärkt. „Unter den Rechtsformen dieser wirtschaftlichen Gewalt spielt der vielfach mit Waffengewalt errungene Vertrag über Gebietsabtretungen die führende Rolle; er wird aber auch zum Mittel wirtschaftlicher Gewalt“²¹. Diesem Stadium des (aufgezwungenen) Vertrages folgten die Abtretung „von öffentlichen Hoheitsrechten durch einen förmlichen Staatsvertrag“, so dass „ein System der geschlossenen Einflußsphären“ entstehe, dem wiederum die Errichtung von Protektoraten auf den Fuß folge, und in vielen Fällen zuletzt dann die Umwandlung derselben in Kolonien²². Aber nicht nur staatlich nicht oder nur rudimentär entwickelte Gebiete seien von einer solchen gewaltsamen Wirtschaftspolitik bedroht, der imperialistische Kapitalismus bedrohe auch an sich wohl etablierte Staaten, ja letztlich selbst die Siegermächte des Ersten Weltkriegs:

Daß sich sogar selbständige Staaten aus der finanziellen Abhängigkeit infolge des ständigen Anleihebedürfnisses nicht leicht befreien können, beweisen die Beispiele Japans und Argentinens; nach dem Weltkriege dürfte sich eine Abhängigkeit der alliierten und assoziierten Völker vom Londoner Geldmarkte, aber auch dieses von dem der Vereinigten Staaten von Amerika und schließlich die Abhängigkeit der Mittelmächte vom englischen und amerikanischen Markte geltend machen. Damit ist die Möglichkeit einer Auswertung der Friedensschlüsse zu Versailles und St. Germain für imperialistische Ziele gegeben²³.

Ein im Hinblick auf die durch die Versailler Friedensordnung²⁴ hervorgerufenen wirtschaftlichen und politischen Problemlagen²⁵ nachgerade prophetisches Diktum - aber auch für die heute im Namen der wirtschaftlichen Vernunft erfolgende Entmündigung ganzer Staaten ein denkwürdiges Wort!

Diese (nicht zu Unrecht) kritische Betrachtung des Wirtschaftskampfes und des Imperialismus, aus dem er erwachsen war, spiegelt

²⁰ Der Imperialismus des 19. Jahrhunderts hatte natürlich seine Vorläufer schon in früheren Jahrhunderten und dauert in veränderter Form auch noch fort; vgl. Wolfgang *Reinhard*, Die Unterwerfung der Welt. Globalgeschichte der europäischen Expansion 1415-2015 (München 2016).

²¹ Lenz, Der Wirtschaftskampf, S. 7.

²² Vgl. ebenda, S. 6-10.

²³ Ebenda, S. 10.

²⁴ Zur Friedensordnung von Versailles vgl. Margaret *MacMillan*, Die Friedensmacher. Wie der Versailler Vertrag die Welt veränderte (Berlin 2015).

²⁵ Zu den Auswirkungen der Versailler Friedensordnung auf die Verlierer des Ersten Weltkriegs vgl. Robert *Gerwarth*, Die Besiegten. Das blutige Erbe des Ersten Weltkrieges (München 2017).

auch eine Umbruchphase des Völkerrechts wider²⁶. Denn um 1920 brach eine neue Ära im Völkerrecht an: „Die für das 19. Jahrhundert beschriebene - und wegen der Vormachtstellung Englands im Staatensystem auch englisches Zeitalter genannte - Ordnung des Völkerrechts endete mit dem ersten Weltkrieg“²⁷. Mit der Gründung des Völkerbundes²⁸ im Jahre 1919 wurde - zumindest auf dem Gebiet des Wirtschaftsvölkerrechts erstmals²⁹ - (wenn auch nicht allzu erfolgreich) versucht, die völkerrechtlichen Beziehungen zwischen den Staaten unter allgemein anerkannte, institutionell generierte Regeln zu beugen. Gerade die Verlierer des Ersten Weltkrieges mochten hoffen, so der Siegerwillkür zu entkommen. Nicht mehr das alte thukydideische Gesetz der Macht³⁰ sollte herrschen, auch nicht länger die List, deren Bedeutung sehr schön in einem in der europäischen Neuzeit gerne zitierten, ursprünglich dem Spartaner Lysander zugeschriebenen Wort zum Ausdruck kommt: „Wo das Löwenfell nicht zureicht, muß man den Fuchspelz anziehen“³¹. Nun sollte Recht, wenn nicht gar Gerechtigkeit den Rahmen vorgeben. Wie das obige Zitat zeigt, sah Lenz dies eher skeptisch; auch wenn er dem

²⁶ Zur Entwicklung des Völkerrechts vgl. Erich *Cassirer*, *Natur- und Völkerrecht im Lichte der Geschichte und der systematischen Philosophie* (Aalen 1963, ND der Auflage Berlin 1919); Harald *Kleinschmidt*, *Geschichte des Völkerrechts in Krieg und Frieden* (Tübingen 2013); Angelika *Nußberger*, *Das Völkerrecht. Geschichte, Institutionen, Perspektiven* (München 2009). Für die hier behandelte Thematik und Zeitspanne besonders instruktiv ist: Rainer *Klump*, *Milos Vec* (Hrsg.), *Völkerrecht und Weltwirtschaft im 19. Jahrhundert* (Baden-Baden 2012).

²⁷ Uwe *Wesel*, *Geschichte des Rechts in Europa. Von den Griechen bis zum Vertrag von Lissabon* (München 2010), S. 646.

²⁸ Zu Entstehung und Geschichte des Völkerbundes vgl.: Nachrichten-Abteilung des Völkerbundes, Genf (Hrsg.), *Der Völkerbund. Seine Verfassung und Organisation* (Wien 1926); Alfred *Pfeil*, *Der Völkerbund. Literaturberichte und kritische Darstellung seiner Geschichte* (Darmstadt 1976); Shiva-Kumar *Sharma*, *Der Völkerbund und die Großmächte. Ein Beitrag zur Geschichte der Völkerbundpolitik Großbritanniens, Frankreichs und Deutschlands* (Frankfurt am Main, Bern 1978).

²⁹ Vgl. Niels P. *Petersson*, *Normative Grundlagen überstaatlicher Handels- und Finanzintegration um 1900*, in: Rainer *Klump*, *Milos Vec* (Hrsg.), *Völkerrecht und Weltwirtschaft im 19. Jahrhundert* (Baden-Baden 2012), S. 59-70.

³⁰ Vgl. hierzu Christian *Bachhiesl*, *Thukausalydides. Bemerkungen zur historischen Kausalität am Beispiel des Thukydides*, in: Peter *Mauritsch*, Christoph *Ulf* (Hrsg.), *Kultur(en). Formen des Alltäglichen in der Antike. Festschrift für Ingomar Weiler zum 75. Geburtstag*, 2 Bde. (Graz 2013), Bd. 2, S. 989-1010.

³¹ Lysanders Diktum hier zitiert nach: Michael *Stolleis*, *Löwe und Fuchs. Eine politische Maxime im Frühabsolutismus*, in: Michael *Stolleis*, *Margarethe und der Mönch. Rechtsgeschichte in Geschichten* (München 2015), S. 30-42, 30.

Völkerbund nicht von vornherein alles Potential zur Friedenssicherung absprach, so schienen ihm doch die Interessen der Siegermächte dieses Potential beiseite zu drängen. Mit dieser Einschätzung stand er in seiner Zeit nicht alleine³².

Adolf Lenz sieht nun in England zwar den Ursprung für den (wirtschaftlichen) Imperialismus, aber freilich nicht den allein dafür Verantwortlichen. Auch die Rolle Deutschlands, Frankreichs, Belgiens, Russlands, Italiens, Österreich-Ungarns und Japans wird von ihm kritisch beleuchtet³³. Dabei greift er auf zu seiner Zeit aktuelle und bedeutende wirtschaftliche (z.B. Schumpeter), politische (z.B. Kautsky) und historische Literatur zurück, um das allen verschiedenen nationalen Erscheinungsformen des wirtschaftlichen Imperialismus gemeinsame „Wesen“ herauszuarbeiten. Was die historische Fachliteratur anbelangt, stützt er sich nicht zuletzt auf ein damaliges Standardwerk, nämlich auf Heinrich Friedjung's „Zeitalter des Imperialismus“³⁴. Friedjung definiert den Imperialismus knapp und prägnant: „Unter Imperialismus versteht man den Drang der Völker und der Machthaber nach einem wachsenden Anteil an der Weltherrschaft, zunächst durch überseeischen Besitz“³⁵. Der wirtschaftliche Imperialismus, so Lenz, strebe nun zum Vorteile der jeweils eigenen Nation nach der möglichst günstigen Einfuhr von Lebensmitteln und Rohstoffen, nach der möglichst umfangreichen Ausfuhr von Industrieprodukten und nach der möglichst unbeschränkten Verschiebung von Bevölkerungen:

Der Imperialismus führt aber nicht nur zur Förderung der Ausfuhr und Einfuhr von Gütern, sondern ebenso zu der von Menschen. Die Überschüsse der heimischen Arbeitskraft, die im Inlande unbeschäftigt sind, drängen auf Betätigung im Ausland; Überschüsse fremder Volkswirtschaften werden ins Inland gezogen. Der wirtschaftliche Ausdehnungsdrang führt zunächst Menschen aus; voran gehen die Pioniere, wie Naturforscher, Missionare, Handelsagenten; es folgt bei zunehmendem Erfolge die wachsende Abgabe überschüssiger Arbeitskräfte an das Ausland. Bald aber tritt unter dem Streben der Staatsgewalt, ihr menschliches Kapital unvermindert zu erhalten, eine Hemmung ein: der

³² Vgl. etwa Bernhard W. von Bülow, *Der Versailler Völkerbund. Eine vorläufige Bilanz* (Berlin u.a. 1923); Wilhelm F. Schubert, *Völkerbund und Staatssouveränität. Die Umwertung des völkerrechtlichen Souveränitätsdogmas im Zeitalter des Völkerbunds. Eine rechtspolitische Studie* (Berlin 1929). Ab Mitte der 1920er Jahre wurde die Kritik am Völkerbund immer lauter; ein prominenter Kritiker war hier etwa Carl Schmitt; vgl. Kleinschmidt, *Geschichte des Völkerrechts*, S. 447f.

³³ Vgl. Lenz, *Der Wirtschaftskampf*, S. 10-31.

³⁴ Vgl. Heinrich Friedjung, *Das Zeitalter des Imperialismus 1884-1914*, 3 Bde. (Berlin 1919, 1922, 1922).

³⁵ Friedjung, *Das Zeitalter des Imperialismus*, Bd. 1, S. 5.

Staat bemüht sich seinen heimischen Arbeitskräften ausreichende und lohnende Arbeit im Inlande zu verschaffen. Dieser Gedanke der Erhaltung heimischer Arbeitskraft ist wieder eine der Ursachen fortschreitender Industrialisierung geworden. Der Imperialismus drängt zur Ausfuhr von Erzeugnissen der Landwirtschaft bei günstigen Ernten und von industriellen Erzeugnissen bei maschineller Massenproduktion; in seiner höchsten Entwicklung aber zur Ausfuhr von Kapital³⁶.

Und so dreht sich denn das Rad der Weltwirtschaft... Es lohnt sich auch für uns heutige, dieses lange Zitat genau zu lesen: In einer Zeit, da die Digitalisierung die Bedeutung der Industrialisierung erlangt hat, und dies in einem Grade, dass sich das Digitale alles Analoge, auch den Menschen, schon lange zum Knecht gemacht hat, wird nach wie vor nach denselben Regeln gespielt: In einem entgrenzten Wirtschaftsraum wird dem Wirtschaftswachstum alles geopfert, Menschen werden wie Güter und Kapital hin und her verschoben, und da der erzwungene Nomadismus der Erfolgsuchenden und der freiwillige Nomadismus der Erfolgreichen ihre Reproduktion verhindert, glaubt man sich gezwungen, die abendländische Bevölkerung durch sogenannte Migranten ersetzen zu müssen. All das wird stets unter Bezugnahme auf das Wohl der Menschen diskutiert, dient aber letztlich einzig und allein der weiteren, grenzenlosen Expansion des global agierenden Kapitalismus. Und da dieser schließlich reiner Selbstzweck ist, greift auch dieses heutige System, wenn seine Entscheidungsträger das denn für notwendig halten, zum Instrument des Wirtschaftskampfes, der leichter und schneller in einen umfassenden, ‚echten‘ Krieg ausarten kann, als uns allen lieb ist.

Aber zurück zu Lenz: Als Kampfmittel des wirtschaftlichen Imperialismus nennt er den Ausschluss von Mitbewerbern, Schutzzölle, Doppeltarifpolitik, Ausfuhrprämien, Dumping, die Instrumentalisierung der Anleihenvergabe, die Lenkung von Kapitalströmen durch international agierende Großbanken. Nochmals sei der Leser aufgefordert zu beurteilen, ob die von Lenz beschriebene historische Realität nicht Ähnlichkeiten zur heutigen Lage aufweist:

So entsteht in der politisch einflussreichen kapitalistischen Wirtschaftsgruppe ein ökonomisches Interesse an Schutzzöllen, Kartellen, Monopolen, Dumping, kurzum aggressiver Außenpolitik. Dazu kommt, daß die Eroberung nahrungs- und rohstoffreicher Länder eine die militärischen Kreise gewinnende Autarkie schafft und das organisierte Kapital auch ein Interesse an der Fortdauer des Konsumtionsexzesses während des Krieges erhält³⁷.

³⁶ Lenz, *Der Wirtschaftskampf*, S. 32f.

³⁷ Ebenda, S. 43.

In einem umfangreichen Kapitel bringt Lenz dann den „Wirtschaftskrieg im engeren Sinne“ zur Darstellung, also die wirtschaftlichen Kampfmaßnahmen, die die militärische Konfliktführung im Ersten Weltkrieg begleiteten, wobei zunächst die Seeblockade und weitere Maßnahmen der Entente und dann die „Vergeltungsmaßregeln“ der Mittelmächte im Detail besprochen werden³⁸. Darauf kann hier nicht weiter eingegangen werden. Nur ein Satz zum „Wesen des Wirtschaftskampfes“ sei zitiert: „Die Steigerung der schon im wirtschaftlichen Imperialismus vorgebildeten Ausschlußbestrebungen zu einem förmlichen System des privatwirtschaftlichen Kampfrechtes samt zivil- und strafrechtlichen Sanktionen war eine Besonderheit des Wirtschaftskrieges im engeren Sinne“³⁹.

Ein weiteres umfangreiches Kapitel widmet Lenz der Beendigung des Wirtschaftskrieges nach Einstellung der Kampfhandlungen Ende 1918⁴⁰. Hierzu sei zusammenfassend festgehalten, dass nach den Friedensschlüssen von Versailles und St. Germain nur ein einseitiger Wirtschaftsfriede ins Werk gesetzt wurde, der, ausgehend von der alleinigen Kriegsschuld Deutschlands respektive der Mittelmächte diesen die alleinige Tragung und Wiedergutmachung der Kriegsschäden und Folgeschäden aufgebürdet habe. (Anders, nämlich in einer „für beide Teile gleichen Weise, d. h. unter wechselseitiger Anerkennung der Pflicht des Gegners zur Wiedereinsetzung und zum Schadenersatz“, seien die von den Mittelmächten diktierten Friedensschlüsse von Brest-Litowsk und Bukarest gestaltet gewesen. - Ob diese Einschätzung Lenz' den Tatsachen entspricht, sei hier nicht weiter verfolgt.) Jedenfalls sei, so kann man Lenz' Beurteilung zusammenfassen, nach Versailles und St. Germain kein wirklicher Wirtschaftsfriede in Kraft getreten. Wenn man die wirtschaftlichen Schwierigkeiten und die politische Unruhe, die die Frage der Reparationen in der Zwischenkriegszeit hervorgerufen hat, sowie die durch die gegen die Mittelmächte gerichteten wirtschaftlichen Restriktionen (mit-) verursachten Wirtschaftskrisen in Betracht zieht, scheinen Lenz' Ausführungen nicht ganz unplausibel zu sein⁴¹.

³⁸ Ebenda, S. 45-109.

³⁹ Ebenda, S. 114.

⁴⁰ Ebenda, S. 117-204.

⁴¹ Zur Wirtschaftslage in der Zwischenkriegszeit vgl. Dietmar *Petzina*, Die deutsche Wirtschaft in der Zwischenkriegszeit (Wiesbaden 1977); Mark *Spoerer*, Jochen *Streb*, Neue deutsche Wirtschaftsgeschichte des 20. Jahrhunderts (München 2013). Zur Wirtschaftsgeschichte generell vgl. Gerold *Ambrosius* (Hrsg.), Moderne Wirtschaftsgeschichte. Eine Einführung für Historiker und Ökonomen (München 2006); Toni *Pierenkemper*, Die Entstehung der modernen Volkswirtschaft

Im abschließenden, umfangreichsten Kapitel des Werkes befasst sich Lenz mit der „internationalen Regelung des Wettbewerbs der Völker“⁴². Er streicht die Notwendigkeit eines dauernden Wirtschaftsfriedens hervor, und um diesen erreichen zu können, bedürfe es einer weltweit anerkannten internationalen Regelung. Diese müsse die „rechtliche Freiheit des Verkehrs der Personen und Waren“⁴³ gewährleisten, und zwar nicht nur für bestimmte, vertragsschließende Akteure, sondern generell für alle; es müsse also die „rechtliche Gleichheit des Verkehrs der Personen und Waren“⁴⁴ hergestellt werden. Lenz spricht von der notwendigen „Sozialisierung des Wettbewerbs“⁴⁵, die dazu verpflichtet solle, die wirtschaftliche Lebensfähigkeit der Völker zu gewährleisten: „Es kann davon ausgegangen werden, daß jedes Volk, das bereits die Reife zur politischen Selbständigkeit erwiesen und darum seine internationale Anerkennung durchgesetzt hat, Anspruch darauf besitzt, daß seine wirtschaftliche Lebensfähigkeit international geschützt werde“⁴⁶. Es müsse also einen „Schutz gegen physische und industrielle Aushungerung“ geschaffen werden. Für die nicht zuletzt aufgrund des Kolonialismus reichen Volkswirtschaften konstatiert Lenz „eine Pflicht, insbesondere Englands und Frankreichs, infolge deren Verfügung über die tropischen Bestände, der in Not geratenen Volkswirtschaft auszuweichen“⁴⁷. - Man sieht, wie sehr um 1920 die (anerkannten) Staaten ganz selbstverständlich als die einzigen Akteure der Weltwirtschaft angesehen wurden; heute, da global agierende „Multis“ und vielfach verzweigte und vernetzte Wirtschaftsunternehmen den Ton angeben, ist die Macht der Staaten zwar nicht gebrochen, aber in manchen Bereichen eine fragile geworden. Und auch die Einstellung außereuropäischen Bevölkerungen gegenüber wurde um 1920 in einer heute als unkorrekt zu qualifizierenden Weise zum Ausdruck gebracht: „Die internationale Anerkennung eines Selbstbestimmungsrechtes auch in wirtschaftlicher Hinsicht ist davon abhängig, daß das einzelne Volk jene kulturelle Reife besitzt, um seine Angelegenheiten

(Berlin u.a. 2015); Rolf Walter, *Wirtschaftsgeschichte. Vom Merkantilismus bis zur Gegenwart* (Wien u.a. 2003).

⁴² Lenz, *Der Wirtschaftskampf*, S. 205-315.

⁴³ Ebenda, S. 214.

⁴⁴ Ebenda, S. 218.

⁴⁵ Ebenda, S. 223-228.

⁴⁶ Ebenda, S. 226.

⁴⁷ Ebenda, S. 227.

selbst verwalten zu können“⁴⁸. Wenn man allerdings die Praktiken von Weltbank, internationalem Währungsfonds und anderen Finanzakteuren auf überstaatlicher oder auch staatlicher Ebene ansieht, so mag man seine Zweifel hegen, ob sich da in der Zwischenzeit wirklich soviel geändert hat. Lenz jedenfalls warnt vor der „Gemeingefährlichkeit des wirtschaftlichen Imperialismus“, die eben darin bestanden habe, „die zur politischen und wirtschaftlichen Selbstverwaltung noch nicht reifen Völkerschaften unter die Herrschaft einer bevorrechteten Großmacht“ gebracht zu haben⁴⁹. Die kriegesischen Methoden des wirtschaftlichen Imperialismus jedenfalls seien unbedingt für die Zukunft aus dem zulässigen Repertoire des wirtschaftlichen Wettbewerbes auszuschließen. Daher müsse das „privatrechtliche Kampfrecht“⁵⁰ ebenso strikt geregelt werden wie die Handhabung einer „Seehandels Sperre“⁵¹. Die in Versailles und St. Germain installierte Wirtschaftsordnung - Lenz bespricht ausführlich die detaillierten Regelungen und ihre Implikationen - war aber in den Augen Lenz' nicht geeignet, diesen dringenden Desiderata des Wirtschaftsvölkerrechts Genüge zu tun. Und auch der Völkerbund schien ihm hier zu versagen, denn die „Bestimmungen über den wirtschaftlichen Ausgleich durch den Völkerbund lassen einheitliche, unparteiische und in ihrer wirtschaftlichen Tragweite erwogene Gedanken vermissen“⁵². Der weitere Verlauf der Geschichte war denn auch alles andere als friedlich, in wirtschaftlicher, politischer und auch in militärischer Hinsicht - freilich nicht und schon gar nicht allein aufgrund der Schwächen der nach dem Ersten Weltkrieg ins Werk gesetzten Ordnung.

Betrachtet man die Diagnosen der Ungerechtigkeiten und Fehler des liberalen Wirtschafts imperialismus ebenso wie der im und nach dem Ersten Weltkrieg praktizierten Wirtschaftskampfführung, haben Adolf Lenz' Ausführungen einiges für sich. Ob aber seine Ratschläge zur Abhilfe Erfolg gehabt hätten? Die Gekränktheit des sich ungerecht behandelt fühlenden Verlierers ist seinen Worten anzumerken. Und so manches Übel, das er dem enthemmten Wirtschaftskampf anlastet, liegt vielleicht in der Struktur des industriellen Kapitalismus selbst begründet und war (und ist) vielleicht gar nicht zu vermeiden, es sei denn, man vollzöge eine mehr oder minder radikale Abkehr von der wirtschaftlichen Grundlage unserer Wohlstandszivilisation. Eine

⁴⁸ Ebenda, S. 228.

⁴⁹ Ebenda.

⁵⁰ Ebenda, S. 231.

⁵¹ Ebenda, S. 243.

⁵² Ebenda, S. 315.

Hinwendung zu vorindustriellen Utopien war ja im Mitteleuropa der Zwischenkriegszeit nichts Unbekanntes, und in Österreich wurde nach 1934 versucht, eine quasi vormoderne Ständeordnung in die Gegenwart zu transportieren. An der Errichtung des autoritären Ständestaates wirkte Lenz auch tatkräftig mit - er war als Mitglied des Bundeskulturrates ein hoher Mandatar des austrofaschistischen Regimes und nahm seine Aufgabe auch durchaus ernst, wie die Sitzungsprotokolle des Bundeskulturrates belegen. Lenz setzte sich für die Hebung der Geburtenrate ein, für die Volksbildung und für die Beseitigung der großen sozialen Not. Als Vorkämpfer für einen umfassenden liberalen Freihandel aber trat er nicht mehr in Erscheinung. In einem kleinen Staat, der sich selbst genügt, kann man schließlich auch glücklich leben - Lenz trat daher gegen die kulturelle, wirtschaftliche und politische und schließlich staatliche Vereinnahmung durch Deutschland ein, nachdem dieses 1933 nationalsozialistisch geworden war. Als Mitglied des Bundeskulturrates - und auch als Kriminalwissenschaftler, wie aus seiner Forschungspraxis und Bewertungspraxis von Seminararbeiten hervorgeht - war er ein Verfechter eines eigenständigen Österreichertums⁵³. In seinem Werk „Der Wirtschaftskampf der Völker“ aber zeigt er sich als ein für die Weltpolitik und den Welthandel aufgeschlossener und engagierter Denker, der, aus der Tradition der Österreichisch-Ungarischen Monarchie kommend, noch durchaus einen Blick für das große Ganze hatte.

3. „Die deutschen Minderheiten in Slowenien“

Kurz wollen wir uns noch einem weiteren Gebiet des Völkerrechts zuwenden, dem sich Adolf Lenz gewidmet hat - dem Schutz ethnischer und nationaler Minderheiten. Auch auf diesem Gebiet kam es nach 1918 zu neuen Entwicklungen, da die Auflösung multiethnischer Imperien wie Österreich-Ungarns, des Russischen und des Osmanischen Reiches neue Staaten entstehen ließ, die zwar weitgehend nach dem Prinzip des auch ethnisch einheitlichen Nationalstaats konzipiert waren, aber aufgrund der in vielen Regionen gegebenen ethnischen Mi-

⁵³ Zu Lenz' politischer Einstellung und zu seinem Engagement im Ständestaat vgl. *Bachhiesl, Zur Konstruktion der kriminellen Persönlichkeit*, S. 164-179; *Christian Bachhiesl, 1914 - 1934 - 1944 - 1954: Kriminologische Viererjahre. Wegmarken der Grazer Schule der Kriminologie*, in: Friedrich *Bouvier*, Nikolaus *Reisinger* (Red.), *Historisches Jahrbuch der Stadt Graz*, Bd. 44: Graz 1914 - 1934 - 1944 ... und darüber hinaus. (Graz 2015), S. 241-266, 248-254.

sungen und der neuen Grenzen, die Altvereintes trennten und Altgetrenntes vereinten, faktisch so nicht gestaltet waren. War in den alten Imperien die Vorherrschaft der ‚Kernvölker‘ (der Deutschen in Österreich-Ungarn, der Russen im Russischen Reich, der Türken im Osmanischen Reich) lange Zeit als selbstverständlich erschienen und erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zusehends problematisch geworden, so drängten nun unter den neuen Herrschaftsverhältnissen die bislang ‚nachrangigen‘, nun staatstragenden Völker vehement darauf, die erste Pfeife zu spielen und im neuen, eigenen Haus eindeutig das Sagen zu haben. Der mit der Etablierung der neuen Staaten einhergehende Demokratisierungsschub trug ein Übriges dazu bei, den neuen Staatsnationen ein neues Selbstbewusstsein zu verleihen.

Was Österreich-Ungarn anbelangt, so herrschte in der Forschung lange die Ansicht vor, dass dieses mürbe, kakanische Konglomerat, dieser so oft gescholtene „Völkerkerker“, ohnehin rettungslos verloren gewesen sei, sodass nicht der Zerfall, sondern die relativ lange Dauer der Donaumonarchie das eigentlich Erstaunliche wäre. Auch in der neueren Forschung, vor allem wenn sie auf die Außenpolitik fokussiert ist, klingt dieser Grundton nach wie vor an⁵⁴. Jene Forscher aber, die ihr Hauptaugenmerk auf die inneren Strukturen der Doppelmonarchie richten, kommen hier zu differenzierteren Ergebnissen. Sehr wohl hätten sich große Teile der Bevölkerung in einem für die Fortexistenz ausreichenden Maße mit diesem Staatswesen identifizieren können, die Integrationskraft der Monarchie sei auch noch Ende 1918 durchaus beachtlich gewesen⁵⁵. Der Zerfall Österreich-Ungarns sei demnach alles andere als einer unumgänglichen „Logik des Zusammenbruchs“⁵⁶ geschuldet gewesen. Die Devise „Mein Österreich, mein Heimatland“⁵⁷ und der Stolz auf das Zusammenleben vieler Völkerschaften in einer historisch gewachsenen Symbiose sei also nicht nur obrigkeitliche Propaganda, sondern durchaus in der Bevölkerung verwurzelt gewesen. Und als 1918/1919 neue Staaten das habsburgische Erbe übernahmen, hätten sie sich zwar auf das nun endlich umgesetzte Selbstbestim-

⁵⁴ Vgl. etwa Konrad *Canis*, Die bedrängte Großmacht. Österreich-Ungarn und das europäische Mächtesystem 1866/67-1914 (Paderborn 2016).

⁵⁵ Vgl. etwa Pieter M. *Judson*, Habsburg. Geschichte eines Imperiums 1740-1918 (München 2017).

⁵⁶ Hannes *Leidinger*, Der Untergang der Habsburgermonarchie (Wien 2017), S. 17.

⁵⁷ Vgl. Siegmund *Schneider*, Benno *Imendörffer* (Hrsg.), Mein Österreich, mein Heimatland. Illustrierte Volks- und Vaterlandskunde des Österreichischen Kaiserstaates, 2 Bde. (Wien 1914).

mungsrecht der Völker berufen, seien aber nicht zu ethnisch homogenen Nationalstaaten geworden (auch wenn das das Ziel gewesen sein mag), sondern, trotz aller Distanzierungs- und Lossagungsstrategien (die auch viel Zerstörerisches mit sich trugen), als Folge einer „Vergeistigung des Nachlasses“ gewissermaßen zu neuen kleinen Imperien⁵⁸.

Um 1920 aber muss in der Wahrnehmung der Zeitgenossen alles Habsburgische wie ein großer Scherbenhaufen ausgesehen haben, und die neue Ordnung mochte vielen große Versprechungen zu verheißen, vielen aber auch als ungeheuerlich erscheinen. Die neue Republik Österreich jedenfalls hätte sich, hätten es die Entente-Mächte erlaubt, am liebsten sogleich dem seinerseits reduzierten Deutschen Reich angeschlossen, in den neuen Kleinstaat hatten nur Wenige ein belastbares Vertrauen. Es sollte eine Zeitlang dauern, bis neue, demokratische Routinen und Selbstverständlichkeiten Platz griffen, vorerst blieb man eine krisengeschüttelte „verzweifelte Republik“⁵⁹, und erst nach der Wandlung Deutschlands zum Dritten Reich und Österreichs zum autoritären Ständestaat entwickelte sich in Letzterem so etwas wie eine trotzig-ideologische des Österreichertums - wir haben weiter oben erwähnt, dass Adolf Lenz dieses Österreichertum vertrat. Dieses aber fand in der österreichischen Bevölkerung keinen belastbaren Rückhalt und durch den Anschluss 1938 ein abruptes Ende. Erst nach 1945 sollte sich eine durchwegs positiv bewertete österreichische Identität herausbilden, die aber lange noch einigermaßen problematisch und alles andere als selbstverständlich blieb⁶⁰.

In dieser Situation schickte sich Adolf Lenz an, für die Rechte der deutschsprachigen Bewohner Sloweniens einzutreten. Slowenien war nun ein Teil des neu gegründeten Königreiches der Serben, Kroaten und Slowenen (SHS-Staat), das späterhin als Jugoslawien firmierte. Zu diesem Behufe verfasste er ein Werk, das den Titel „Die deutschen Minderheiten in Slowenien“ trägt und 1923 in Graz im Verlag der Alpenland-Buchhandlung erschien⁶¹. Eingangs dieses mit 94 Druckseiten nicht allzu umfangreichen, aber inhaltsreichen Buches schildert Lenz

⁵⁸ Vgl. *Leidinger*, Der Untergang der Habsburgermonarchie, S. 299-358; „Vergeistigung des Nachlasses“: S. 349.

⁵⁹ *Walter Rauscher*, Die verzweifelte Republik. Österreich 1918-1922 (Wien 2017).

⁶⁰ Zur österreichischen Identität vgl. Ernst *Bruckmüller*, Nation Österreich. Kulturelles Bewußtsein und gesellschaftlich-politische Prozesse (Wien u.a. ²1996); Richard G. *Plaschka*, Gerald *Stourzh*, Jan Paul *Niederkorn* (Hrsg.), Was heißt Österreich? Inhalt und Umfang des Österreichbegriffs vom 10. Jahrhundert bis heute (Wien 1995).

⁶¹ *Adolf Lenz*, Die deutschen Minderheiten in Slowenien (Graz 1923).

die Staatswerdung des SHS-Staates, die sich „in mehreren wechselreichen Entwicklungsstufen vollzogen“ habe und daher völkerrechtlich differenziert zu betrachten sei. Darin entspricht die Entstehung Jugoslawiens dem Zerfall seines historischen Vorläufers: „Die Auflösung der Monarchie, nur mit der Auflösung des alten deutschen Reiches 1806 entfernt vergleichbar, ist ein eigenartiger Vorgang, der nicht unter eine einzige der völkerrechtlichen Schablonen gebracht werden kann“⁶². Der nördlichste Bestandteil des SHS-Staates, Slowenien, hatte sich kleinere Teile des alten Kronlandes Kärnten und große Gebiete des Kronlandes Steiermark, die Untersteiermark, einverleibt. Eine klare ethnische Trennungslinie hatte es zwischen den Slowenen und den Deutsch sprechenden Altösterreichern (Lenz verwendet beide Begriffe, Deutsche und Altösterreicher) ja nicht gegeben, vielmehr recht breite gemischte Zonen⁶³. Vor allem in den größeren Städten hatten bis 1918 zahlreiche Deutsche⁶⁴ gelebt. In diesen Gebieten war es zu repressiven Maßnahmen gegen die deutschsprachige Bevölkerung bis hin zu Zwangsausweisungen gekommen, sodass der Anteil der Deutschen drastisch gesunken war: 1910 hatte, gemäß der österreichischen Zählung, die die Umgangssprache zu Grunde gelegt hatte, „die Bevölkerung des derzeitigen Sloweniens (Steiermark südlich des rein deutschen Gebietes, Mießtal, Unterdrauburggebiet und Seeland in Kärnten sowie Krain) 1.007.847, darunter 100.674 Deutsche = fast 10%“ betragen. Die statistische Zählung des SHS-Staates im Jahre 1923, die nicht mehr die umgangs-, sondern die Muttersprache zur Grundlage nahm, erbrachte folgendes Ergebnis: „In Slowenien (mit Übermurgebiet) beträgt die Gesamtbevölkerung nach der amtlichen Zählung 1.056.464, wobei der Anteil der Deutschen 39.631 = 3 %% ausmacht“⁶⁵. Die deutsche Minderheit in Slowenien war also 1923 ordentlich geschrumpft, aber sie existierte noch. Sie hatte jedoch durch „Auflösung der Gemeinderäte

⁶² Ebenda, S. 6. Zum von Lenz angeführten Ende des Heiligen Römischen Reiches im Jahre 1806 vgl. Brigitte *Mazohl-Wallnig*, *Zeitenwende 1806. Das Heilige Römische Reich und die Geburt des modernen Europa*. Unter Mitarbeit von Andreas *Bösche* (Wien u.a. 2005).

⁶³ Zu ethnischen und kulturellen Identitäten in den südlichen Kronländern der Habsburgermonarchie vgl. Harald *Krahwinkler* (Hrsg.), *Staat - Land - Nation - Region. Gesellschaftliches Bewußtsein in den österreichischen Ländern Kärnten, Krain, Steiermark und Küstenland 1740 bis 1918* (Klagenfurt u.a. 2002).

⁶⁴ Wir wollen der Einfachheit halber diese von Lenz verwendete Bezeichnung für die Altösterreicher deutscher Muttersprache übernehmen, wiewohl uns die Schwierigkeiten solcher ethnischer Zuschreibungen bewusst sind.

⁶⁵ *Lenz*, *Die deutschen Minderheiten in Slowenien*, S. 19.

mit deutscher Mehrheit“, durch die „Aufhebung der städtischen Autonomie in Marburg, Pettau und Cilli“, durch die „Schließung deutscher Privatschulen und die Verkümmern der öffentlichen deutschen Schulen“, die „Zerstörung des deutschen Vereinslebens“ und anderer Maßnahmen bis hin zur Vermögensbeschlagnahme zu leiden⁶⁶. Nun könnte man das, so Lenz, als Pech des Verlierers ansehen - wenn der SHS-Staat nicht gegenläufige völkerrechtliche Verpflichtungen eingegangen wäre: „Diese ‚Entdeutschung‘ Sloweniens wäre als eine Probe der politischen Kraft und der nationalen Kultur des Slowenentums zu dulden gewesen, wenn nicht die Regierung des SHS-Staates bereits am 10. September 1919 mit den alliierten und assoziierten Hauptmächten in St. Germain einen Vertrag abgeschlossen hätte, der in seinem ersten Kapitel (Artikel 1-10) den Schutz der nationalen Minderheiten, somit auch der deutschen Minderheit zum Gegenstand gehabt hatte“⁶⁷. Dieser Vertrag wurde am 29. September 1921 durch Kundmachung im Laibacher Amtsblatt in für Slowenien anwendbares innerstaatliches Recht übergeführt.

Damit gelte, so Lenz, auch für die Deutschen in Slowenien das Minderheitenrecht: „Das Minderheitenrecht ist daher die Summe der durch die nationale und die internationale Rechtsordnung gebotenen rechtlichen Behelfe zur Wahrung der Minderheitskultur“⁶⁸. Lenz geht dann im Detail auf die Bestimmungen des Schutzvertrages und damit auf die genaue Ausgestaltung des Minderheitenrechts ein. Schlechterstellungen aufgrund von Abstammung, Staatszugehörigkeit, Sprache, Rasse und Religion waren demnach untersagt. Ethnischen, religiösen und sprachlichen Minderheiten wurden darüber hinaus Sonderrechte eingeräumt - etwa der Schulunterricht in ihrer eigenen Sprache und die angemessene Zuwendung von öffentlichen Mitteln.

Lenz diskutiert dann kurz die Schwierigkeit der Zuordnung von Personen zu einer Minderheit - Rasse, Sprache, ethnische und konfessionelle Zugehörigkeit werden im Schutzvertrag als Kriterien angegeben, alle diese Kriterien aber weisen ihre problematischen Unschärfen auf. Dass aber die Deutschen als sprachliche, ethnische und auch konfessionelle Minderheit zu gelten haben, unterliegt für Lenz keinem Zweifel. Mit dem Begriff Rasse sei nichts anderes als die Volkszugehörigkeit gemeint, auch dieses Kriterium diene also als Anknüpfungspunkt⁶⁹.

⁶⁶ Ebenda, S. 23.

⁶⁷ Ebenda.

⁶⁸ Ebenda, S. 25.

⁶⁹ In seinen kriminalbiologischen Untersuchungen übrigens ließ Lenz erkennen, dass er der Rasse im Sinne einer erbbiologischen (Pseudo-) Entität nicht viel

Den Angehörigen der deutschen Minderheit in Slowenien stünden nun folgende Rechte zu: Das Recht auf Aufenthalt und Niederlassung; das Recht auf Schutz des Lebens und der Freiheit; das Recht auf Schutz des Eigentums; das Recht auf Staatsangehörigkeit und das Optionsrecht; das Recht auf Gleichstellung mit den serbischen, kroatischen und slowenischen Staatsangehörigen - in Bezug auf die Teilnahme an den politischen Rechten, auf den Gebrauch der deutschen Sprache im privaten wie im öffentlichen Verkehr sowie als Amtssprache; das Vereins- und Versammlungsrecht; das Recht auf öffentlichen Elementarunterricht in deutscher Sprache; das Recht auf private Anstalten zur Pflege der deutschen Kultur, insbesondere auf Privatschulen; das Recht auf Verwendung öffentlicher Mittel für Erziehungs-, Religions- und Wohltätigkeitszwecke. Auf all diese Rechte geht Lenz näher ein - und er zeigt auf, dass gegen all diese Rechte verstoßen worden war und auch weiterhin verstoßen wurde⁷⁰.

Zum Schutz dieser Rechte, so Lenz gebe es Verfahrensmöglichkeiten innerstaatlicher Art, aber auch vor dem Völkerbund - beides aber sei für die Deutschen in Slowenien faktisch nicht wirklich vielversprechend. Was die Durchsetzung dieser völkerrechtlichen Verpflichtungen anbelangte, zeige sich also eine gewisse Zahnlosigkeit⁷¹. Es habe also die Notwendigkeit zur Fortentwicklung von Minderheitenrechten bestanden - welche Initiativen es dazu von Seiten der deutschen Minderheiten im SHS-Staat gab, führt Lenz am Ende seines Buches auf; die Vorhaben reichten bis hin zur Erhaltung von deutschen Orts- und Straßennamen und zum freien Gebrauch „nationaler Abzeichen“⁷².

Adolf Lenz setzte sich also sehr für die Rechte von Minderheiten ein - wobei er stets nur die deutschen Minderheiten auf altösterreichischen Territorien im Blick hatte. Damit lenkte er die Aufmerksamkeit auf einen wichtigen Bereich, der im Zuge der Entwicklung der Menschenrechte zu seiner Zeit zwar noch auf keine lange Vergangenheit zurückblicken konnte, aber eine bewegte Zukunft vor sich hatte. Im Zuge der generellen Hinwendung zu den Menschenrechten sollte den Minderheitenrechten im weiteren Verlauf des 20. Jahrhunderts große Aufmerksamkeit zuteil werden, und auch heute sind sie als ein Prüf-

Wert beimaß; vgl. *Bachhiesl*, Zur Konstruktion der kriminellen Persönlichkeit, S. 169-171.

⁷⁰ Vgl. *Lenz*, Die deutschen Minderheiten in Slowenien, S. 39-73.

⁷¹ Vgl. ebenda, S. 73-78.

⁷² Vgl. ebenda, S. 78-81.

stein für demokratische Rechtsstaatlichkeit zu betrachten⁷³. Am Ende unserer Betrachtung sei ein Satz zitiert, der gewissermaßen als Motto das Titelblatt von Lenz' Buch über die deutschen Minderheiten in Slowenien ziert: „Europa wird in seinen Mischzonen erst dann zum Völkerfrieden kommen, wenn den Minderheitskulturen ihr Recht wird“. Wenn man im weiteren Verlauf des 20. Jahrhunderts nur auf diese Worte geachtet hätte!

Hiermit seien unsere Betrachtungen zum völkerrechtlichen Wirken des Kriminologen Adolf Lenz abgeschlossen. Lenz verkörpert einen Typus des Rechtsgelehrten, der zu seiner Zeit noch häufiger anzutreffen war, nämlich einen Juristen, der auf mehreren Rechtsgebieten derart beschlagen ist, dass er in mehr als einem Spezialbereich fundierte und gehaltvolle Monographien zu publizieren vermag. Dieser Typus ist heute, in Zeiten beinahe schon grotesker Spezialisierung, selten geworden. Es ist aber vielleicht gerade die Vielseitigkeit und die Bereitschaft, über das Normative hinaus zu denken, die das Leben mit dem Recht - und mit Rechtsgelehrten - erträglich, ja im besten Falle glücklich werden lässt.

⁷³ Zur Entwicklung der Menschenrechte im Überblick vgl. *Wesel*, Geschichte des Rechts in Europa, S. 445-451, 570-579.

Katarzyna Banasik

Ustawowy wymóg niekaralności

Określenie „wymóg niekaralności” występuje w ustawie z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym¹. Zawarte jest ono w ustawie trzy razy. Dwukrotnie pojawia się w art. 6 ust. 1:

Prawo do uzyskania informacji o osobach, których dane osobowe zgromadzone zostały w Rejestrze, przysługuje: [...] 10) pracodawcom, w zakresie niezbędnym dla zatrudnienia pracownika, co do którego z przepisów ustawy wynika wymóg niekaralności, korzystania z pełni praw publicznych, a także ustalenia uprawnienia do zajmowania określonego stanowiska, wykonywania określonego zawodu lub prowadzenia określonej działalności gospodarczej; 10a) osobom prawnym oraz jednostkom organizacyjnym niebędącym osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną - w przypadkach, w których z przepisów ustawy wynika wymóg niekaralności członków ich organów lub wspólników, w odniesieniu do członków lub kandydatów na członków tych organów oraz wspólników.

Po raz trzeci występuje w początkowej części przepisu art. 20 ust. 1a:

Jeżeli przepis szczególny, na podstawie którego udzielana jest informacja z Rejestru, zawiera wymóg niekaralności w określonym zakresie, informacja z Rejestru o skazaniach, o których mowa w art. 1 ust. 2 pkt 4, jest udzielana w zakresie wskazanym w tym przepisie szczególnym wyłącznie na podstawie danych przekazanych do Rejestru przez właściwe organy państw obcych.

Termin „wymóg niekaralności” nie ma definicji ustawowej. Zacytowanych wyżej przepisów ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym należy wnioskować, że są przepisy ustaw, z których taki wymóg wynika. Wymóg niekaralności nie został zdefiniowany również w doktrynie, choć - wprawdzie sporadycznie - pojawia się w karnistycznym piśmiennictwie (np. „gdy zatrudnienie wiąże się z wymogiem niekaralności”², „warunek

¹ Dz.U. z 2000 r. Nr 50, poz. 580 ze zm.

² A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 387.

w postaci nieskazitelnego charakteru, w którym nie ci się tak jest wymóg niekaralności³). W literaturze występują także inne określenia będące sformułowaniami niewłaściwie dotyczącymi tej samej kwestii. Dla przykładu można podać następujące: „nie wolno umieszczać adnotacji o poprzedniej karalności danej osoby”⁴, „pytania o karalność kierowane do rejestru”⁵, „przeszkoda w postaci niekaralności”⁶, „sędziowie nie mogą powoływać się w wyroku na poprzednią karalność, która uległa zatarciu”⁷, „wprowadzenie pewnego rodzaju fikcji prawnej - fikcji niekaralności”⁸. Za niewłaściwie nie trafne należy uznać stwierdzenie, że „jest wymagana bezkarność”⁹. Słowo „bezkarność” ma zupełnie inne znaczenie niż „niekaralność”¹⁰. Przedmiotowy wymóg jest zatem odnoszony do karalności danej osoby, przez co rozumie się - najogólniej mówiąc - przeszłość kryminalną danej osoby. Taki wniosek wypływa z kontekstu, w jakim występują powyższe określenia. Posługiwanie się tym samym terminem w przedmiotowym znaczeniu wywołuje jednak pewne wątpliwości.

Należy zastanowić się nad znaczeniem słowa „niekaralność”. Jest ono bezwzględnie zaprzeczeniem słowa „karalność”. Analizując jak kwestię terminologiczną, należy odwołać się do znaczenia wyrazów według słownika języka polskiego. Język prawniczy ma wprowadzić swój specyfik, ale nie powinien być całkowicie oddalony od znaczenia słów nadawanego im w języku powszechnym. Według *Uniwersalnego słownika języka polskiego*¹¹, uznawanego za najlepsze i najbardziej wi-

³ B.J. Stefańska [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2015, s. 653.

⁴ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013, s. 589.

⁵ N. Kłoczyńska [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2012, s. 646.

⁶ B.J. Stefańska, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 4 stycznia 2011 r.*, *SDI* 32/10, „Palestra” 2011, nr 9-10, s. 141-142.

⁷ R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2007, s. 206.

⁸ I. Zgoliński [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzesek, Warszawa 2016, s. 544.

⁹ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne...*, *op. cit.*, s. 589; „Do wykonywania wielu zawodów lub funkcji publicznych również jest wymagana bezkarność, w każdym razie za niektóre przestępstwa (np. za przestępstwa umyślne ciężkie z urzędu”.

¹⁰ Rzeczownik „bezkarność” pochodzi od przymiotnika „bezkarny”, który oznacza „pozostający bez ukarania”, „taki, któremu przewinienia uchodzą bez kary, który nie obawia się kary lub złych następstw”, zob. *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. A-J, red. L. Drabik, E. Sobol, Warszawa 2008, s. 230.

¹¹ *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. K-Ó, red. L. Drabik, E. Sobol, s. 47; podobnie: *Słownik języka polskiego*, t. A-K, red. H. Szkiłd et al., Warszawa 1999, s. 827

rygodne źródło wiedzy o znaczeniach słów w języku polskim, rzeczownik „karalność” pochodzi od przymiotnika „karalny”, a „karalny” oznacza „zasługujący na karę, podlegający karze, pocigający za sobą karę”. W odniesieniu do struktury przestępstwa należy stać na stanowisku, że „karalność” jest pojęciem nadrzędnym, a nie elementem w tej strukturze¹². Mając na uwadze podane wyżej znaczenie słowa „karalność”, należy przyjąć, że w prawie karnym, jak również na gruncie całego polskiego systemu prawnego, „karalność” oznacza prawną możliwość wymierzenia kary sprawcy czynu zabronionego¹³. Tym samym „niekaralność” oznacza brak takiej prawnej możliwości. Implikuje to wniosek, że określenie „wymóg niekaralności” nie jest adekwatne. Wszak w wymogu określonym tą nazwą chodzi o to, aby dana osoba nie była karana w przeszłości, a nie o to, aby nie było prawnej możliwości wymierzenia jej kary w przyszłości.

Rzeczelną nakazuje jednak wspomnieć, że w *Innym słowniku języka polskiego*¹⁴ podano kilka znaczeń analizowanego tu słowa, w tym następujące: „Karalność to cecha osoby, która była karana sędzią”. Objasnienie to odpowiada potocznemu rozumieniu wymogu niekaralności i można przypuszczać, że taka właśnie była jego geneza. Można też postawić tezę, że słownikowe objasnienie zostało zainspirowane określeniami występującymi w literaturze karnistycznej, wskazanymi wyżej. W ten sposób język prawniczy przeniknął do języka ogólnego i ukształtował w nim znaczenie słowa. W świetle takiego objasnienia nazwa „wymóg niekaralności” musiałaby zostać uznana za adekwatną.

Na marginesie wypada jednak dodać, że w literaturze karnistycznej słowo „karalny” używane jest także w zupełnie innym znaczeniu. Wielu autorów używa terminu „karalny” dla określenia czynu zabronionego

(„karalny” oznacza „mogący być ukarany, podlegający karze; pocigający za sobą karę”); zob. też ujęcie w starszej literaturze: M.S.B. Linde, *Słownik języka polskiego*, t. 2, G-L, Lwów 1855, s. 315 (słowo „karalny” objaśniono jako „mogący być ukarany”, a obok tego objaśnienia w języku polskim umieszczono niemieckie słowo *strafbar*).

¹² Zob. uzasadnienie w: K. Banasik, *Karalność a struktura przestępstwa*, „Państwo i Prawo” 2017, nr 4, s. 64-70.

¹³ Na temat pojęcia „karalność” w prawie karnym zob. K. Banasik, *Karalność* ..., *op. cit.*, s. 65-66.

¹⁴ *Inny słownik języka polskiego*, t. A-Q, red. M. Bałko, Warszawa 2014, s. 597 („Karalność jakiego czynu lub jego sprawcy to karanie go”; „Karalność jakich przestępstw to stopień ich wykrywania i wymierzania kar za nie”; „Karalność to cecha osoby, która była karana sędzią”; „Czyn karalny to taki, który podlega karze”).

pod grob kary¹⁵, a terminem „karalno ” okre la trzeci element w strukturze przest pstwa¹⁶.

Powy sza analiza ewidentnie wskazuje na istnienie problemu terminologicznego. Przedmiotowy wymóg jest w wielu ustawowych przypadkach wymogiem posiadania statusu osoby niekaranej s downie za przest pstwo. Mo na by zatem nazwa go wymogiem bycia osob niekarana . Jednak w niektórych przypadkach - co zostanie poni ej pokazane - wymóg ten jest ograniczony, np. do bycia niekaranym za przest pstwo umy lne. Bior c pod uwag aktualne uregulowania prawne, definiuj ce przedmiotowy wymóg odr bnie dla danego zawodu b d funkcji, nie ma trafnej nazwy, która odzwierciedlaaby istot tego wymogu. Problem polega na tym, e istota tego wymogu jest *de lege lata* zró nicowana, co nie pozwala na znalezienie uniwersalnej nazwy. Dlatego te , mimo wiadomo ci niedoskona o ci aktualnej nazwy, została ona u yta w tytule niniejszego opracowania i jest u ywana w dalszych rozwa aniach ze wzgl du na potrzeb posługiwania si zwi złym okre leniem. Nadto kwestia terminologiczna nie jest zasadniczym problemem, jakiemu dedykowane jest niniejsze opracowanie.

Podstawowym problemem zwi zany z tzw. wymogiem niekaralno ci jest wspomniane wy ej zró nicowanie w jego uregulowaniu. Poni ej zostan podane przykładowe okre lenia tego wymogu zawarte w wybranych ustawach.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji¹⁷ „słu b w Policji mo e pełni obywatel polski o nieposzlakowanej opinii, który nie był skazany prawomocnym wyrokiem s du za przest pstwo lub przest pstwo skarbowe”. Zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy z dnia 12 pa dziernika 1990 r. o Stra y Granicznej¹⁸ „słu b w Stra y Granicznej mo e pełni osoba posiadaj ca wy lcznie obywatelstwo polskie, o nieposzlakowanej opinii, niekarana za przest pstwo lub przest pstwo skarbowe”. Według art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 24 sierpnia

¹⁵ Zob. np.: A. Zoll [w:] *Kodeks karny. Cz ogólna. Komentarz*, t. 1, *Komentarz do art. 1-116 k.k.*, red. *idem*, Warszawa 2007, s. 22 i 27; A. Zoll [w:] K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Cz ogólna. Komentarz do art. 1-116 k.k.*, Kraków 1998, s. 19-20; P. Kardas, *O relacjach mi dzy struktur przest pstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami prawnokarnymi*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012, nr 4, s. 27-28; M. Filar, *Podstawy odpowiedzialno ci karnej w nowym kodeksie karnym*, „Palestra” 1997, nr 11-12, s. 8; A. Marek, *Prawo...*, s. 93 i 97.

¹⁶ Tak np. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne., op. cit.*, s. 177 i 180.

¹⁷ Dz.U. z 1990 r. Nr 30, poz. 179 ze zm.

¹⁸ Dz.U. z 1990 r. Nr 78, poz. 462 ze zm.

1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej¹⁹ „służyć w Państwowej Straży Pożarnej może pełnić obywatel polski, niekarany za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe”.

Straznikiem gminnym może być osoba, która nie była skazana prawomocnym wyrokiem sądu za czyn z oskarżenia publicznego i umyślnie popełnione przestępstwo lub przestępstwo skarbowe (art. 24 pkt 7 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o strażach gminnych²⁰). W Służbie Wiźniowej może pełnić służbę osoba, która nie była skazana prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo umyślne lub umyślne przestępstwo skarbowe albo wobec której nie został wydany prawomocny wyrok warunkowo umarzający postępowanie karne o takie przestępstwo, a także nie toczy się przeciwko niej postępowanie karne o takie przestępstwo (art. 38 pkt 5 ustawy z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Wiźniowej²¹). Szefem Centralnego Biura Antykorupcyjnego lub zastępcą szefa może być osoba, która m.in. wykazuje nieskazitelną postawę moralną, obywatelską i patriotyczną oraz nie była skazana za przestępstwo popełnione umyślnie z oskarżenia publicznego lub przestępstwo skarbowe (art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym²²).

Na stanowisko prezesa Instytutu Pamięci Narodowej - Komisji Śledzenia Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu może być powołana osoba, która m.in. posiada wyłącznie obywatelstwo polskie oraz nie została skazana prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo umyślne z czynu z urzędu (art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Śledzenia Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu²³). Na stanowisko Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych może być powołany ten, kto nie był karany za przestępstwo (art. 8 ust. 3 pkt 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych²⁴). Rzecznikiem Praw Dziecka może być ten, kto nie był skazany prawomocnym wyrokiem za przestępstwo umyślne (art. 1 ust. 4 pkt 3 ustawy z dnia 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka²⁵).

Etatowym lub pozaetatowym członkiem samorządowego kolegium odwoławczego może być osoba, która nie była skazana prawomocnym wyrokiem, orzeczonym za przestępstwo popełnione z winy umyślnej

¹⁹ Dz.U. z 1991 r. Nr 88, poz. 400 ze zm.

²⁰ Dz.U. z 1997 r. Nr 123, poz. 779 ze zm.

²¹ Dz.U. z 2010 r. Nr 79, poz. 523 ze zm.

²² Dz.U. z 2006 r. Nr 104, poz. 708 ze zm.

²³ Dz.U. z 1998 r. Nr 155, poz. 1016 ze zm.

²⁴ Dz.U. z 1997 r. Nr 133, poz. 883 ze zm.

²⁵ Dz.U. z 2000 r. Nr 6, poz. 69 ze zm.

(art. 7 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 12 października 1994 r. o samorządowych kolegiach odwoławczych²⁶). Pracownikiem samorządowym zatrudnionym na podstawie wyboru lub powołania, jak również na podstawie umowy o pracę na stanowisku urzędniczym, doradcy lub asystenta może być osoba, która nie była skazana prawomocnym wyrokiem sądu za umyślne przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego lub umyślne przestępstwo skarbowe (art. 6 ust. 2 i ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych²⁷). Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. - Prawo o szkolnictwie wyższym²⁸ stanowi w art. 109 ust. 1 pkt 3, że nauczycielem akademickim może zostać osoba, która nie została ukarana prawomocnym wyrokiem sądowym za przestępstwo umyślne.

Straznikiem Państwowej Straży Łowieckiej oraz straznikiem łowieckim może być osoba, która nie była karana sądownie (art. 38 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 13 października 1995 r. - Prawo łowieckie²⁹). W Lasach Państwowych tworzy się Służbę Leśną, a jej pracownikiem może być osoba, która nie była karana sądownie za przestępstwo z chęci zysku lub z innych niskich pobudek (art. 45 ust. 2 pkt 8 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach³⁰). Głównym księgowym jednostki sektora finansów publicznych może być osoba, która nie była prawomocnie skazana za przestępstwo przeciwko mieniu, przeciwko obrotowi gospodarczemu, przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego, przeciwko wiarygodności dokumentów lub za przestępstwo skarbowe (art. 54 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych³¹). Tłumaczem przysięgłym może być osoba fizyczna, która nie była karana za przestępstwo umyślne, przestępstwo skarbowe lub za nieumyślne przestępstwo przeciwko bezpieczeństwu obrotu gospodarczego (art. 2 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 25 listopada 2004 r. o zawodzie tłumacza przysięgłego³²). Zgodnie z art. 22 pkt 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych³³ przewodnikiem miejskim lub terenowym lub pilotem wycieczek może być osoba, która nie była karana za przestępstwo umyślne lub inne popełnione

²⁶ Dz.U. z 1994 r. Nr 122, poz. 593 ze zm.

²⁷ Dz.U. z 2008 r. Nr 223, poz. 1458 ze zm.

²⁸ Dz.U. z 2005 r. Nr 164, poz. 1365 ze zm.

²⁹ Dz.U. z 1995 r. Nr 147, poz. 713 ze zm.

³⁰ Dz.U. z 1991 r. Nr 101, poz. 444 ze zm.

³¹ Dz.U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1240 ze zm.

³² Dz.U. z 2004 r. Nr 273, poz. 2702 ze zm.

³³ Dz.U. z 1997 r. Nr 133, poz. 884 ze zm.

w związku z wykonywaniem zadań przewodnika turystycznego lub pilota wycieczek.

Przytoczone wyżej przepisy jasno pokazują, że ustawodawca stawia bardzo różnicowane wymagania, jakie muszą spełniać kandydaci do wykonywania niektórych zawodów, pełnienia niektórych funkcji bądź zajmowania niektórych stanowisk. Czasem wymagane jest, aby kandydat nie został ukarany za jakiegokolwiek przestępstwo (np. Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych), czasem jedynie za przestępstwo umyślne (np. nauczyciel akademicki). Na marginesie warto wspomnieć, że w niektórych ustawach mowa jest o przestępstwie umyślnym (np. w prawie o szkolnictwie wyższym), a w niektórych o przestępstwie popełnionym umyślnie (np. w ustawie o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym). Co do niektórych kandydatów chodzi o każde przestępstwo umyślne (np. Rzecznik Praw Dziecka), co do niektórych tylko o przestępstwo umyślne (np. dyrektor z urzędu (np. prezes Instytutu Pamięci Narodowej)). Ponadto niektóre ustawy operują pojęciem „osoba z urzędu” (np. ustawa o Instytucji Pamięci Narodowej), a niektóre – „osoba z oskarżenia publicznego” (np. ustawa o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym).

Istotną różnicą w zakresie wymogu stawianego kandydatom jest brak skazania (np. w ustawie o strażach gminnych) lub brak ukarania (np. w ustawie o ochronie danych osobowych). Należy jednak pamiętać o instytucji odstąpienia od wymierzenia kary, przy której zastosowaniu zapada wyrok skazujący³⁴ i oskarżony otrzymuje status osoby skazanej, lecz nie staje się osobą karaną. Zarówno w literaturze, jak i w judykaturze zdaje się niekiedy o tym zapominać. Dla przykładu w literaturze stwierdzono, że „po spełnieniu określonych przesłanek uważa się osobę skazaną za niekaraną”³⁵, podczas gdy w efekcie zatarcia skazania tak osoba uważa się nie tylko za niekaraną, ale i nieskazaną (nawet jeżeli została wymierzona jej kara, czyli była karana, to wówczas znaczenie ma dla niej podkreślenie, że już nie uważa się jej za skazaną). Ściśle mówiąc, używając słów „cecha niekaralności (»braku« skazania) za przestępstwo”³⁶ ewidentnie i błędnie utożsamia niekaralność z byciem

³⁴ Por. L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2013, s. 188; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, op. cit., s. 543; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 207.

³⁵ L. Gardocki, *Prawo*, op. cit., s. 221.

³⁶ Postanowienie SN z dnia 25 października 2007 r., I KZP 33/07, dostęp na: www.sn.pl [stan na: 17.10.2017]; „Cecha niekaralności (»braku« skazania) za przestępstwo – jako (czsto jeden z różnych) warunków pełnienia funkcji, zajmowania stanowiska czy wykonywania określonej działalności – stanowi więc swojego rodzaju ustawowe kryterium kwalifikujące do przejawiania aktywności w konkretnym obszarze”.

nieskazanym. Należy podkreślić, że wymóg braku bycia skazanym jest wymogiem ostrzejszym niż wymóg braku bycia ukaranym. Dla zobrazowania przedmiotowej dyferencji warto podkreślić, że słuźb w Policji może pełnić osoba, która nie była skazana za przestępstwo, a słuźb w Straży Granicznej osoba niekarana za przestępstwo. Mając na uwadze podobieństwo obu słuźb i wielu innych przepisów regulujących funkcjonowanie tych formacji, tym bardziej należy uznać, że przedmiotowa dyferencja jest nieuzasadniona. Dalej idący wymóg został postawiony kandydatom do Służby Wewnętrznej, albowiem relewantny jest tu nie tylko wyrok skazujący za przestępstwo, ale też wyrok warunkowo umarzający postępowanie karne. Wymóg ten jest - w świetle wymogów stawianych kandydatom do innych słuźb mundurowych - bezzasadny.

Powyższe konkluzje nie implikują tezy, jakoby analizowany wymóg powinien być identyczny w odniesieniu do wszystkich kategorii zawodów, funkcji lub stanowisk, z którymi jest wiązany. Pewne uzależnienie od rodzaju zawodu czy społecznej roli, jak pełni piastun danego stanowiska lub funkcji, są oczywiście uzasadnione. Z aprobatą należy odnieść np. do nieco niższego wymogu stawianego pracownikom Służby Leśnej. Ograniczenie kręgu relewantnych przestępstw do przestępstw popełnionych z chęci zysku lub z innych niskich pobudek jest słusznym rozważaniem. Nie wydaje się natomiast słuszne dalsze utrzymywanie aż tak wysokiego wymogu wobec strażników Państwowej Straży Łowieckiej i strażników łowieckich. Obecnie strażnikiem tym może być „osoba, która nie była karana sądownie”, a więc wykluczone są osoby, którym sąd wymierzył jakkolwiek karę za jakiekolwiek przestępstwo, tak że nieumyślnie, np. spowodowanie wypadku komunikacyjnego. Powyższy wymóg wydaje się tym bardziej niesłuszny, jeśliby porówna się go z wymogiem stawianym szefowi Centralnego Biura Antykorupcyjnego. Jak wynika z przytoczonego wyżej przepisu, może nim być osoba, która „nie była skazana za przestępstwo popełnione umyślnie z oskarżenia publicznego lub przestępstwo skarbowe”, a zatem szefem Centralnego Biura Antykorupcyjnego może być np. osoba skazana za przestępstwo umyślnie z oskarżenia prywatnego lub jakiekolwiek przestępstwo nieumyślnie. W świetle wymogu, jaki musi spełniać zwykły strażnik łowiecki, wymóg stawiany szefowi Centralnego Biura Antykorupcyjnego jest kuriozalny. Jest on tym bardziej kuriozalny, a wręcz absurdalny, jeśliby weźmiemy pod uwagę wymóg stawiany pilotowi wycieczek lub przewodnikowi turystycznemu, którym może być „osoba, która nie była karana za przestępstwo umyślnie lub inne popełnione w związku z wykonywaniem zadań przewodnika turystycznego lub pilota wycieczek”.

Zatem w świetle obowiązujących przepisów, osoba skazana i ukarana jakkolwiek karą za przestępstwo umyślne ciężkie z oskarżenia prywatnego przewodnikiem turystycznym być nie może, ale za to może być szefem Centralnego Biura Antykorupcyjnego.

De lege lata różnie są te przesłanki zakończenia pełnienia niektórych funkcji, zajmowania stanowisk bądź wykonywania niektórych zawodów, związane z wydaniem wobec danej osoby wyroku skazującego. Zgodnie z art. 8 ust. 8 pkt 4 ustawy o ochronie danych osobowych Sejm, za zgodą Senatu, odwołuje Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych, jeżeli został skazany prawomocnym wyrokiem sądowym za popełnienie przestępstwa. Według art. 8 ust. 1 pkt 4 ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka Sejm, za zgodą Senatu, odwołuje rzecznika przed upływem kadencji, jeżeli został skazany prawomocnym wyrokiem za przestępstwo umyślne. Art. 13 ust. 1 ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej stanowi, że kadencja prezesa instytutu wygasa m.in. w razie skazania prawomocnym wyrokiem sądowym za przestępstwo umyślne ciężkie z urzędu. Jak wynika wprost z powyższych przepisów, czasem relewantne jest skazanie za jakiegokolwiek przestępstwo, czasem jedynie za przestępstwo umyślne, a niekiedy tylko za przestępstwo umyślne ciężkie z urzędu. Biorąc pod uwagę porównywalny autorytet urzędu i podobny stopień społecznego poważania, jakim cieszą się wspomniane osoby, powyższe zróżnicowanie stawianego im wymogu należy uznać za nieuzasadnione.

Nadto z aktualnych przepisów wynika, że wobec kandydata na policjanta ustawa o Policji stawia wyższy wymóg niż wobec pełniącego już służbę policjanta. W przypadku skazania policjanta zwalnia się ze służby jedynie w razie skazania prawomocnym wyrokiem sądowym za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ciężkie z oskarżenia publicznego (art. 41 ust. 1 pkt 4), natomiast w przypadku skazania prawomocnym wyrokiem sądowym za inne przestępstwo lub przestępstwo skarbowe zwolnienie jest fakultatywne (art. 41 ust. 2 pkt 2). Podobnie uregulowana jest przesłanka zwolnienia ze służby funkcjonariusza Straży Granicznej oraz strażaka Państwowej Straży Pożarnej. Funkcjonariusza Straży Granicznej zwalnia się ze służby z razie skazania prawomocnym wyrokiem sądowym za przestępstwo umyślne, ciężkie z oskarżenia publicznego lub przestępstwo skarbowe umyślne (art. 45 ust. 1 pkt 4 ustawy o Straży Granicznej), natomiast można go zwolnić ze służby w razie skazania prawomocnym wyrokiem sądowym za inne przestępstwo lub przestępstwo skarbowe (art. 45 ust. 2 pkt 2).

Strażaka Państwowej Straży Pożarnej zwalnia się ze służby w razie skazania prawomocnym wyrokiem sądowym za przestępstwo umyślne, ciężkie z oskarżenia publicznego lub przestępstwo skarbowe umyślne

(art. 43 ust. 2 pkt 4 ustawy o Państwowej Straży Pożarnej). Natomiast zwolnienie strażaka jest fakultatywne w razie skazania prawomocnym wyrokiem służy za inne przestępstwo (art. 43 ust. 3 pkt 2). *Ergo* przy przyjęciu do służby w tych formacjach znaczenie ma jakiegokolwiek przestępstwo, a przeszkodzić nie może dalsza służba (obligatoryjny podstaw zwolnienia ze służby) jest jedynie przestępstwo umyślne i to będące przestępstwem ściganym z oskarżenia publicznego. Zarazem jednak przy przyjmowaniu do służby liczy się bycie osobą niekaraną (czyli może to być osoba, która została skazana za przestępstwo, lecz odstąpiła od wymierzenia jej kary), a w trakcie pełnienia służby znaczenie ma bycie osobą nieskazaną.

Przeprowadzona wyżej analiza wybranych przepisów ustawowych potwierdziła postawioną wstępnie tezę, i tzw. wymóg niekaralności jest określony w źrócinowy sposób. Analiza potwierdziła również o niedoskonałości samej nazwy tego wymogu, albowiem czysto skazanie lub ukaranie za jakie przestępstwo nie wyklucza spełniania tego wymogu. Ponadto powyższa analiza wykazała brak spójności pomiędzy przepisami, a tym samym nieskoordynowanie prac legislacyjnych nad ustawami powstałymi w stosunkowo niewielkiej odległości czasowej. Nie świadczy to dobrze o jakości polskiego prawa. Z powyższej analizy wypływa nieuchronnie następujący postulat *de lege ferenda*: należy ujednolicić lub zharmonizować, w zależności od rodzaju zawodu, funkcji lub stanowiska, wymogi stawiane określonym osobom, tak aby wyeliminować nieuzasadnione zróżnicowania w tym zakresie.

Bogusława Bednarczyk

Some Reflections on Minors Human Rights Protection in the Digital Age

Over the past twenty years the Internet has become an integral part of our lives. We have eagerly embraced its potential for communication, entertainment and information seeking. For many of today's minors, the Internet, mobile phones and other technologies are constant and familiar presence. For them, the distinction between online and offline has increasingly become meaningless, and they move seamlessly between both environments. As a matter of fact the Internet is an increasing part of today's culture, especially for children and youth, for whom schoolwork, online gaming, and social networking are among the most popular activities.

However, the lack of common agreement about the right approach to educating and protecting minors adds further challenges to their online experience and expression. Insofar as attention was given to children's and minors' rights within Internet governance, the focus tended to be on child abuse material or illegal contact by child sex offenders - these are important but far from the only issues that concern children¹. Indeed, such a narrow lens positions youngsters solely as vulnerable victims, neglecting their agency and rights to access, information, privacy and participation. The problematic consequence is that highly protectionist or restrictive policies are advocated for children in ways that may undermine their freedom of expression or that, trade children's particular needs off against adult freedoms online.

¹ As, for example, the *Finding Common Ground* report written to underpin this series (CIGI 2014), and the mapping of international internet public policy issues by the Intersessional Panel of the Commission on Science and Technology for Development (2014). Notably, in the NET mundial "Multistakeholder Statement" (2014) - regarded by many as a milestone summation of current thinking on Internet governance - the words "child", "children", "youth", "young", and "minors" do not appear anywhere.

Additionally, cultural and geographical differences in legal and social norms reflect the fact that there is no universally accepted view of what defines a person as a child, minor or of what is appropriate for them, making “inappropriate content and behavior” hard to define. Further on the Internet, mobile phones and other digital media provide children and young people with many educational and social benefits - and also with risks. For most of them, online activity does not lead to harm. However, the increased risk of sexual abuse, exploitation and other forms of harm in both online and offline settings demands a coordinated response by governments, parents, professionals, business and young people themselves to protect the minors basic human rights.

Today, a child-rights-based approach to online safety is required in order to face the main challenge of the digital age: how to keep a balance in protecting children rights enshrined in the UN Convention on the Rights of the Child (UNCRC)² without restricting the benefits they can have through the Internet and ICT. The UNCRC recognized for the first time that children are people who have human rights³. Although formulated before mass adoption of the Internet, the UNCRC applies as much in the digital age as before. It is the yardstick by which any and every action taken by states or private sector actors can be judged. Its guiding principles include: the best interests of the child (this being an overarching principle that should guide all decisions related to the child), non-discrimination, survival and development, and participation (of children in matters that affect them). The application of these principles in the context of cyberspace may require the evolution of different approaches or ways of thinking, but the values set out in the UNCRC retain their immediacy and are of undiminished importance.

² The UN Convention on the Rights of the Child (1989). Available at: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx> [accessed 21 October 2017]. The UNCRC is considered the cornerstone of children's rights. The Convention is one of the most widely ratified international human rights treaties: to date, every UN member state has ratified the CRC, with the notable exception of the USA.

³ The UNCRC encompasses a broader range of rights than any other human rights treaty, from humanitarian to economic, and socio-cultural to civil and political rights. The heavy involvement of non-governmental organizations in both the drafting and the implementation of the UNCRC sets it apart from other international treaties. It is also unique in that it specifies the obligations of State Parties in implementing children's rights, and provides the UN Human Rights Committee with tools to monitor compliance. Articles of the UNCRC also delineate the responsibilities of parents and carers, the community, the media, and other agencies and organizations in promoting and protecting children's rights.

One of the most fundamental challenges posed by the Convention on the Rights of the Child is the need to balance children's rights to adequate and appropriate protection with their right to participate in and take responsibility for the exercise of those decisions and actions they are competent to take for themselves. Art. 12 of the UN Convention on the Rights of the Child, codifies children's rights to express their views and to participate in the decision-making processes that will impact their lives, in accordance with their age and maturity⁴.

With digital media⁵ becoming an increasingly ubiquitous feature of minors' everyday lives around the world, the global community has an unprecedented opportunity to deliver on this promise for children everywhere. Digital media has the potential to open up new possibilities for increasing minors' awareness of their rights, and promoting their views and insights on how to improve their lived experience of their rights. Further, under the right circumstances digital media can be mobilized to support children enhance the ways they enact their rights in their daily lives.

It is necessary to underline, that in fact, most international guidelines, special reports and recommendations that deal with human rights, child rights and the Internet emphasize the importance of striking a balance between opportunities and risks, freedom of expression and the right to privacy, children's right to special protection measures as well as online and offline dimensions of their experiences. They urge that enabling these benefits while also minimizing the Internet-facilitated abuse of children requires a coordinated international-level action and global policy framework⁶.

⁴ Art. 12 states: "States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child".

⁵ In this paper the author uses the term digital media as shorthand to refer to both digital media (the digitized content that can be transmitted over the internet or computer network, and which includes text, audio, video and information and communication technologies).

⁶ As, for example, Former UN Special Rapporteur on Freedom of Expression, Frank La Rue, for example, in his final statement in 2014, criticized overly protectionist policies that focus exclusively on risks and neglect the potential of the Internet to empower and benefit children, since the Internet is "an important vehicle for children to exercise their right to freedom of expression and can serve as a tool to help children claim their other rights, including the right to education, freedom of association and full participation in social, cultural and political life. It is also essential for the evolution of an open and democratic society, which requires the engagement of all citizens, including children".

However, the global community is a long way from acknowledging and realizing the potential of digital media to support youth and children's fundamental human rights. For example, for children in many parts of the world, consistent and quality access remains a challenge. Equally, many other youngsters cannot access online resources in a language they can speak, and where this is possible, children consistently report that they have limited access to age-appropriate and quality information and entertainment. Many have not been provided the opportunity to reflect upon what their rights are, and how they might be implicated in the rise of digital media.

Whilst we must continue to address the myriad material and structural barriers to leveraging digital media to positively impact minors' capacity to enact their rights, we must also learn to understand digital media through children's eyes. This is necessary if we are to develop credibility and effective ways for children to harness digital media in the service of their rights.

Although there are increasingly more examples of child-centred initiatives that embed children's insights and experiences into their core, current debates in many parts of the world continue to focus almost exclusively on the risks associated with children's digital media engagement. Such debate results in an overwhelming protection-oriented approach to children's use of technology. There are, indeed, very real and potentially serious risks associated with children's use of digital media, particularly for those youngsters who are most marginalized or vulnerable in their communities. As a matter of fact, a narrow focus on risk and safety can negatively impact children's right to participation and undermine their ability to access the benefits of digital media. A growing evidence base shows that risk does not equate with harm and, moreover, that some level of exposure to risk enables children to develop the digital literacy that is necessary to both minimize the potentially negative impacts of their online engagement, as well as unlock more of the benefits.

Thus we need approaches that can foster children's right to protection from harm whilst simultaneously empowering them to maximize the benefits of connectivity for their education, health, social connection, economic participation, civic engagement, and so on, both as individuals, and as members of their communities.

There is no question, that the task of balancing children's digital participation with their protection is enormously complex. However, it must not be overlooked that children themselves are an enormous

resource in rising to this challenge⁷. Children's participation demands constant vigilance about the extent to which children's voices are being actively listened to and activated in policy making and related areas. One-off consultations are not sufficient to understand children's perspectives; they must be actively integrated into the ongoing conversations that constitute decision-making processes. Children must be heard and reheard. They must be asked what needs to change, and then how effective those changes have been. They must be part of an ongoing, iterative and collaborative dialogue.

This is a problem, because, in practical terms, the over-blocking of non-pornographic websites constitutes censorship which can in no way be tolerated. Allowing children unfiltered access to the internet places the responsibility of monitoring their access to the web mainly upon the parents and educators. It appears that some type of minimal monitoring must be done to ensure that children are not inadvertently exposed to harmful content. Although it is true that filters will not be completely effective, they should minimize the chances of children and young people being exposed to illegal content when they do not wish to view it. At this moment we should also raise the issue of internet filtering in the broader context of the privacy rights guaranteed to children. There are rights related concerns regarding children's privacy in the digital environment. They relate, amongst other, to privacy of personal information, reputation related issues and cyber bullying (which can be at the same time a protection issue). It is contested where the responsibility lies to protect children against these risks: should the main players be industry, parents, child welfare or law enforcement agencies or children themselves? Article 16 of the UNCRC protects children from unwarranted interference with their privacy as well as from unlawful attacks against their honour and reputation. "No child shall be subjected to arbitrary interference with his or her privacy, family, or correspondence, nor to unlawful attacks on his or her honour and reputation" (Art. 16). While the Convention gives children the right of

⁷ In July and August 2014, with the support of organizations affiliated with the Digitally Connected Network, 148 children aged six to 18 from 16 countries around the globe participated in workshops in which they undertook a series of activities to reflect on their rights - as children - in the digital age. The aim of these workshops was to provide children with a space to reflect on the ways their digital media practices intersect with their rights. In particular, the research team wanted to document children's views about the ways in which digital media might challenge their capacity to enact their rights, and also how digital media might provide opportunities to enhance their rights.

privacy, it is not entirely clear how this applies to parental or school supervision. It is certainly arguable that neither parents nor school authorities have the right to monitor children's speech without due cause. I am not saying that parents should never be allowed to look at their children's text messages or web history, but I am suggesting that any such monitoring be done only if deemed necessary to protect child and only with the child's knowledge and (ideally) consent.

It is important, therefore to keep human rights background in mind while engaging in debates over internet filtering. While the society have a justified and legitimate concern over internet filtering, it also have a duty of care to protect minors from injurious materials, as spelled out explicitly in the UNCRC. Of course, intellectual freedom is the basis of democracy, but surely the health and well being of all citizens, both adults and children, is also at the basis of democracy.

We must remember that no one is too young to understand the concepts of free expression and tolerance, therefore even the young children can understand censorship if it is explain in a way that is appropriate for their age. With the reference to the UNCRC the right of freedom of expression and access to information are guaranteed by Art. 13 & 17⁸, however, it must be noticed, that youngsters intellectual freedom is not absolute, unrestricted right. It is important to stress this point, since at the most basic level, even adult rights are constrained by other rights. Generally speaking rights come as a coherent package deal. In terms of minors' rights, they as the most vulnerable in society have special protection from harm and injury which temper all freedoms. Therefore one may look at both UNCRC articles mentioned above as being "double provisions". On one hand they encourage the positive effects of information, on the other protect the child from negative effects.

It is clear that human rights framework demands a more nuanced approach to children's intellectual freedom and rights on the Internet. In the UNCRC intellectual freedom does not appear, it is implicit in "nourished through education". Both articles above mentioned have the aim of ensuring the minors access to information from a diversity

⁸ Art. 13 UNCRC states: „The Child should have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of the child's choice". Art. 17 states: "States Parties recognize the important function performed by the mass media and shall ensure that the child has access to information and material from a diversity of national and international sources, especially those aimed at the promotion of his or her social, spiritual and moral well-being and physical and mental health".

of sources, especially information that provides health and well being, and this is education in a broad sense. Furthermore, there is not an absolute, unrestricted right of access either. Subparagraph 17(e) is devoted to the concerns of protecting minors from harmful material⁹.

Arguably, the internet poses a much greater risk of damage to children than television, movies, or music. That's because the major media are at least identifiable and subject to some pressure and legislation. Some web sites have material that is hateful, violent or pornographic. So in this case there is a clear-cut case for intervention. But where do the boundaries lie between safeguarding and surveillance? What one regard as justified protectiveness could be constructed as gratuitous prying. There is a fine and very fragile balance between upholding the right to freedom of expression and protecting other human rights.

It is obvious, that minors' access to the internet should neither be excluded nor marginalized. The demand on children to accommodate to supervision, to rules, to procedures must go along with education about their rights, rights of the others and above all the threats. Children's use of the internet and their behaviour and vulnerabilities online differ according to their age. To be effective, protection strategies need to incorporate measures and messages appropriate to different ages and levels of understanding. It is, nonetheless, the case that by and large children and young people are often the best experts in relation to their own ICT usage.

There is no question that effective protection strategies require children's participation, particularly that of adolescents, in both their design and implementation, as well as the empowerment of parents and other adults who work closely with young people, such as teachers, to enable them to support and understand children's use of ICT and the risks and hazards that they may encounter. This is both a pragmatic recognition of reality and a position based on human rights principle. A rights-based approach to participation requires that children are assisted in not only expressing their views but also in forming them.

In general, there are widely differing perceptions among children and young people of the dangers associated with the internet. While there is little comparative research available to provide clear evidence on how different perceptions arise, these seem to relate to availability of information, location of use and awareness of safe reporting mechanisms.

⁹ CRS, Art. 17(e) states: "encourage the development of appropriate guidelines for the protection of child from information and materials injurious to his or her well being, bearing in mind provisions of articles 13 and 18".

From the point of view of minors' rights cutting them off internet is not acceptable, since it is not in the best interest of the child to be cut off from modern media. Children do not analyse such situation thoroughly from the standpoint of hypothetical (according to them) threat of participation. This is a very significant sign that should lead us to the conclusion that as youngsters are able to access the internet in more and more ways, it is important to realize that e-safety is not about banning them from using certain types of modern technology. It is about empowering them and providing the learning situations that will enable them to develop the behaviour they need in order to stay safe when they are online.

Absolutely crucial in combating minors' rights in internet is prevention through empowerment. Empowerment should be founded on a balance approach between protection and participation where children are the drivers of a safe and participatory digital world. Empowering children, teachers and parents in the new media environment is essential. This is about prevention through a learning process and not the hard way, by a bad experience. Prevention is a key element of a comprehensive, rights-based child protection strategy. Preventive measures are effective if they tackle the multiple facets of child vulnerability, building in a sustainable manner on the full range of policy instruments, including legislation, social policy, international cooperation and capacity-building. Many awareness raising and educational initiatives to protect children online are implemented in most European countries with the aim to empower children, parents and other relevant groups. A large variety of means are used to reach out and convey messages to selected populations such as children, educators and parents. They include, for example, outreach programmes, websites, online games and other interactive tools, brochures, press, radio and TV ads.

A premise which is common to all recommendations concerning the issue of safe internet is that minors have the right to be protected with as much determination in a virtual environment as in the physical world, therefore, public authorities are responsible for making decisions, designing laws and policies and/or ensuring that they are enforced. They must become involved in the development and implementation of public policies and institutional good practices which seek to protect and defend the rights of children in this context.

In the EU it is widely recommended that national awareness-raising campaigns be carried out, targeting parents, teachers and organizations of underage persons, or those who work with them, and the general public, in order to create an awareness of the advantages of using

ICTs safely and responsibly, as well as of the risks entailed by careless and abusive use.

In conclusion it is necessary to point out that, although the Internet is an increasing part of today's culture, especially for children and youth, for whom schoolwork, online gaming, and social networking are among the most popular activities, still existing lack of common agreement about the right approach to educating and protecting children adds further challenges to minors' online experience and expression. Reaching this common agreement is absolutely necessary and urgent, for a simple reason, that not only are children going online in ever-greater numbers, but they increasingly rely on the Internet for a range of basic needs and rights - for education, information, communication, play, family relations, and so on. Multinational consultation with children living in 16 countries concluded that children now regard access to digital media as a fundamental right and, further, they recognize that digital media are fast becoming the means through which they exercise their rights to information, education and participation¹⁰.

The many stakeholders responsible for children's safe and positive use of the internet (governments, civil society and the private sector alike) have an important task to formulate policies that are inclusive, balanced and based on solid evidence. But at present, the evidence which such policies can rely on is very scarce, especially in the global South. At the global level, such evidence is needed to help build a consensus among international actors on international standards, agreements, protocols and investments in order to make the internet a safer and better place for children.

¹⁰ A recent pan-European consultation with children reached a similar conclusion - see <http://paneuyouth.eu>.

Tadeusz Biernat

W kręgu pytań o sprawiedliwość i legitymizację prawa

Tytuł Księgi Jubileuszowej dedykowanej Profesorowi Janowi Widackiemu *W poszukiwaniu prawdy. Rozważania o prawie, historii i sprawiedliwości* koresponduje nie tylko z zainteresowaniami, działalnością naukową i publiczną Jubilata. Włóczenie pojęcia sprawiedliwości sygnalizuje również postawy i celów i badawczy Profesora, dla którego sprawiedliwe prawo jest fundamentalnie wartościowe.

W poznaniu naukowym zagadnienie sprawiedliwości i prawa jest ściśle związane z kwestią istoty prawa, z określeniem jego ontologicznego statusu.

Historia myśli filozoficznej pokazuje, że namysł nad rzeczywistością pozostaje ciągle w dialektycznym konflikcie między tym, że jesteśmy w stanie poznać fundamentalne elementy, które konstytuują rzeczywistość, a nihilizmem, czyli tym, że nadzieja na takie poszukiwania i upadek nadziei ich odkrycia. Spostrzeżenie to dotyczy również tego fragmentu rzeczywistości, który nazywamy prawem i zawiera się w pytaniach o istnienie uniwersalnych struktur tej kategorii bytu i możliwości ich obiektywnego poznania, a przynajmniej takiego poznania prawa (jako kategorii ontologicznej), abyśmy mieli wiedzę, która w powszechnie satysfakcjonujący sposób wskazywałaby podstaw jego

istnienia, co ostatecznie stanowiłoby by może powszechny argument za jego przestrzeganiem¹.

Kwestie ontologiczne prawa, chociaż podstawowe dla podejmowanych prób określenia jego sprawiedliwości, nie wyczerpują kręgu stawianych pytań. Analiza pojęcia sprawiedliwości nastręcza również wiele trudności, gdy próbujemy dociec, czym jest sprawiedliwość zarówno w rozważaniach filozoficznych, jak i w kontekście społecznym, prawnym czy politycznym. Istota sprawiedliwości jest trudna do ustalenia, co doskonale ilustrują słowa Marka Aureliusza zawarte w *Rozmyśleniach*: „Sprawy świata są okryte tak jak tajemniczość, a filozofom, i to nie małym ani pierwszym lepszym, wydają się zupełnie nie do poznania. A nawet samym stoikom wydają się trudne do poznania. A wszelkie nasze uczucia zmienne”².

Gdy rozważamy kwestie sprawiedliwości prawa, należy zwrócić uwagę na intuicyjne rozumienie sprawiedliwości, które w mniejszym stopniu prowadzi do jednoznacznego określenia sprawiedliwości, a raczej ogniskuje się na wskazaniu przejawów niesprawiedliwości. Gustaw Herling-Grudziński, opisując sieneńskie freski Ambrogia Lorenzettiego przedstawiające alegorie zła i dobrego człowieka, zauważył:

Łatwiej wytyka grzechy zła człowieka niż wskazywać cnoty dobrego. Grzechów ma zły człowiek wiele, a wystarczyłyby dwa główne: podeptanie sprawiedliwości i władztwo tyranii. [...] Trudniej jest przedstawić alegorię dobrego człowieka, skoro podstawowym tytułem do chwały dobrego człowieka jest to, że nie czuje się zanadto jego istnienia³.

Parafrazując tę wypowiedź, można powiedzieć, że dostrzeganie niesprawiedliwego prawa jest łatwiejsze. Bardzo często jednak to rozumienie jest powierzchowne i naiwne. Niebezpieczne jest zwłaszcza u populistycznych polityków, którzy nagle odkryli, co jest sprawiedliwe, i proponują, a niekiedy skutecznie realizują, alternatywne rozwiązania prawne, które najczęściej są w znacznym stopniu niesprawiedliwe.

Rzetelna wiedza na temat sprawiedliwego prawa jest niezbędna i stanowi przedmiot dociekania teorii i filozofii prawa. Zasadnicza linia podziału przebiega między koncepcjami sprawiedliwości materialnej, przyjmującymi, że za sprawiedliwe może być uznane prawo, gdy jego treść jest oparta na uznanych i akceptowanych wartościach, a koncepcjami sprawiedliwości proceduralnej, uznającymi, że za sprawiedliwe

¹ T. Bekrycht, *To samo – kultury prawnej a legitymizacja prawa*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2013, t. 2, nr 2, s. 83.

² M. Aureliusz, *Rozmyślenia*, tłum. M. Reiter, Warszawa 1958, s. 49.

³ G. Herling-Grudziński, *Godzina cieni*, Kraków 1996, s. 190.

prawo można uznać jedynie to, które jest tworzone zgodnie z przyjętymi zasadami i regułami. Toczy się od lat spór jest trudny do rozstrzygnięcia. Zwraca się jednak uwagę na inny aspekt:

Wielo sporów filozoficznych, które zostały przedstawione nawet w tak wytyczonym obszarze refleksji może sprawiać wrażenie, że są one nierozstrzygalne – i w pewnym sensie tak jest. Dla każdej generacji filozofia jest czymś innym – i w pewnym sensie tak jest. Dla każdej generacji filozofia jest czymś innym – i w pewnym sensie tak jest. Nie oznacza to jednak skazania na relatywizm, lecz raczej zachętę do poważnego traktowania każdego argumentu, który pojawia się w racjonalnej i krytycznej dyskusji⁴.

W dyskusji nad sprawiedliwością prawa pojawia się kwestia legitymizacji prawa. Kilka uwag na temat legitymizacji prawa zawartych w tym eseju jest próbą odpowiedzi na pytania: Czy legitymizowane prawo może być traktowane jako równoważne z prawem sprawiedliwym? Czy legitymizacja jest tylko „komponentem sprawiedliwości prawa”? Czy i w jakim rozumieniu legitymizacja prawa jest samoistną wartością?

Legitymizacja prawa, rozumiana szeroko jako wykraczająca poza usprawiedliwienie obowiązków tego prawa, jest jednym z kluczowych aspektów dyskusji w teorii prawa, a dla niektórych teoretyków prawa również kluczowym aspektem dyskusji w obszarze filozofii polityki. O ile dotychczas kwestia legitymizacji najczęściej była wiązana z rozważaniami nad fundamentalnym problemem dotyczącym istoty prawa, współcześnie można zauważyć ukierunkowanie badań nad legitymizacją prawa w różnych obszarach. Badania są prowadzone w ramach szczegółowych problemów, takich jak: legitymizacja tworzenia prawa, legitymizacja stosowania prawa, polityka prawa. To ukierunkowane zainteresowanie jest związane z nasileniem się społecznych procesów, które stają się bardziej złożone i skomplikowane, o większej dynamice i przyspieszeniu. Szczególnym przypadkiem takiej dynamicznej zmiany i przyspieszenia są procesy zachodzące w trzech ostatnich dekadach w państwach postkomunistycznych, gdzie wprowadzenie zmian systemowych, przyjęcie standardów demokracji, kreacja nowego porządku prawnego zgromadziły i skumulowały problemy tworzenia i stosowania prawa, a w konsekwencji zaktualizowały znaczenie teoretycznych rozstrzygnięć z punktu widzenia sprawiedliwego prawa, np. w takich kwestiach jak reprivatyzacja.

W innym aspekcie legitymizacja prawa jest łączy z kluczowymi problemami z zakresu filozofii polityki, teorii polityki, których rozwiązanie jest ukierunkowane na wyjaśnienie i usprawiedliwienie istoty zobowiązania politycznego, jego normatywnych podstaw i ukształ-

⁴ M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii i prawa*, Kraków 2000, s. 233.

towanych stosunków władzy. Legitymizacja władzy stanowi nie tylko konieczny element wyjaśnienia złożoności życia zbiorowego, zmierzająca się z arbitralnością władzy, ale także jest nierozzerwalnie związana z ustosunkowaniem się do prawa, które współcześnie nie jest zarówno podstawą jej funkcjonowania, jak i instrumentem jej działania.

W rozważaniach nad legitymizacją prawa standardowo poruszane są typowe zagadnienia. Dominują kwestie terminologiczne, związane z wyjaśnieniem zakresu znaczenia pojęcia legitymacji i terminów pokrewnych, a także próby uporządkowania i sklasyfikowania istniejących koncepcji teoretycznych lub modeli legitymacji. Odrębna kategoria stanowi, podejmowane przez autorów najbardziej znanych i wpływowych teorii prawa, mniej lub bardziej rozbudowane sugestie dotyczące rozumienia i funkcji zjawiska legitymacji na gruncie przyjmowanych rozważań teoretycznych. Dla innych autorów stanowi one kanwę do badań porównawczych i rozważań na temat legitymizacji prawa w ramach konkretnych nurtów prawnoznawstwa.

Pojęcie legitymacji

Terminy „legitymacja” i „legitymizacja” są notorycznie niejasne. W zestawieniu pojęć „legitymizacja prawa” te niejasności jeszcze się potęgują. Stosunkowo niewiele w tym budzi rozróżnienie terminów „legitymacja” i „legitymizacja”. Legitymacja jest pewnym stanem obiektu podlegającego legitymowaniu. Legitymizacja jest procesem dochodzenia do osiągnięcia takiego stanu. Poza tym pojawia się wiele wątpliwości, zwłaszcza na tle pojęć równoważnych. Najczęściej przywoływane, jako równoważne dla legitymacji, jest pojęcie prawowitości. Takie rozważanie jest uzasadnione również ze względu na różnicę, jest to bowiem latynizm pochodzący od słowa *legitimere* (prawowity). W literaturze polskiej równoważnym terminem dla określenia zjawiska prawowitości, zwłaszcza w odniesieniu do władzy, jest również termin prawomocności. Został włączony do obiegu naukowego, zwłaszcza w postaci sformułowania „prawomocność panowania politycznego”. Można uzasadnić wątpliwości, co do jego użycia, gdy termin „prawomocność” ma ugruntowane znaczenie w języku prawniczym. Zastanawiająca sytuacja jest trudna do rozważania i uporządkowania. Równie trudne jest uzasadnienie, jako równoważnych dla terminu legitymacja prawa, występujących w literaturze innych pojęć, takich jak: wiarygodność, autorytet, poparcie, akceptacja, przyzwolenie, uznanie. Ich występowanie najczęściej wiąże się z określoną koncepcją lub podejściem badawczym

do omawianego zjawiska. Zawarte jest w nich zawsze jakieś założenie teoretyczne, nawet jeżeli występuje tylko w założonej postaci. Złożony, wielowarstwowy i wieloaspektowy charakter tych zjawisk sprawia, że przedmiot badania jest otwarty na różnorodne podejścia teoretyczne, które wpływają na przedstawienie odrębnych katalogów cech. Koncepcje legitymizacji prawa mogłyby formułowane na podstawie wielu niekiedy wykluczających się założeń. Wynika to zarówno z istoty zjawiska prawa, jak i z istoty zjawiska legitymizacji.

Czy prawo wymaga legitymowania?

Legitymizacja dotyczy różnych obiektów społecznych. Jak się przyjmuje, w szerszym rozumieniu obejmuje uprawomocnienie, usprawiedliwienie, uzasadnienie instytucji, wartości, symboli, norm i wzorów działań, co sprawia, że stają się one w planie rzeczywistości życia codziennego standardami oczywistymi i naturalnymi, niebudzącymi wątpliwości, tworzącymi względnie trwałe struktury społecznego życia. Decydujące znaczenie ma obecność i wpływ teleologicznie zorientowanych form organizacyjnych wspólnoty, a także wytworzenia, obowiązywania i niezbywalności norm regulujących formy panowania w stosunkach społecznych. Ale tworzenie „względnie trwałych struktur”, w tym systemów normatywnych, a szczególnie prawa, również „domaga się” uzasadnienia – legitymizacji. Procedura legitymizacyjna jest więc niekończącym się poszukiwaniem początku złożonego łańcucha uzasadnienia i usprawiedliwienia. W dociekaniach filozoficznych, w próbach odpowiedzi na podstawowe pytania, rozstrzyga się, w którym punkcie możemy uchwycić w tekście, od jakiego ogniwa złożonego łańcucha legitymizacyjnego zacząć należy wyjaśnianie. Rozważając kwestię legitymizacji życia społecznego, z założenia zawsze wkraczamy w określony „poziom” i dziedzin legitymizowanej rzeczywistości. Dokonujemy arbitralnego wkroczenia w „łańcuch legitymizacyjny”. Podstawowym problemem nie jest to, czy potrafimy uzasadnić przyjmowane stanowisko, ale wyróżniony poziom jest tym, który tylko legitymuje, a sam nie podlega legitymizacji, bo jest to zadanie niewykonalne. Istotną jest doniosłość obiektu legitymizacji z punktu widzenia funkcjonowania zbiorowości i podejmowanych przez nią działań. Prawo do tej kategorii obiektów należy. Prawo (prawne regulacje), które są współuczestniczące w kształtowaniu ładu społecznego, nie są wyłączone z szerszego tła i kontekstu kulturowego, nie posiadają te uprzywilejowania takiego, które uwalniałoby je spod społecznej kontroli uzasadnienia. Nie tylko można, ale należy stawiać pytanie o le-

gitymacj prawa. Legitymacja jest elementem konstytuuj cym prawo, a ci lej ujmuj c konstytuuj cym relacje mi dzy prawem a podmiotami prawa. Pojecie legitymacji jest niezb dne dla opisania i wyja nienia tych relacji. Poza poj ciem legalno ci (prawo powinno by tworzone przez uprawnione podmioty, zgodnie z obowi zuj cymi procedurami) poj cie legitymizacji jest niezb dne dla wyja nienia autorytetu prawa, sprawiedliwi ci prawa i obowi zku obywateli podporz dkowania si prawu.

Legitymacja prawa - modele legitymizacji

Zło ono zjawiska legitymizacji, a szczególnie legitymizacji prawa i trudno ci zwi zane z ustaleniem relewantnych wzgl dem rzeczywisto ci rozwi za , uwydatnia si wtedy, gdy analizujemy liczne modele i teoretyczne propozycje. Jakakolwiek próba uporz dkowania formułowanych w literaturze przedmiotu koncepcji legitymizacji prawa przypomina poruszanie si po labiryncie, wkraczanie w kolejne, niewiele ró ni ce si cie ki, ograniczaj ce szans na znalezienie sensownego klucza wyj cia. Jest to widoczne w zestawieniu podstawowych koncepcji legitymizacji:

1. Najbardziej popularne rozumienie legitymizacji jest wi zane z funkcjonowaniem demokracji, ze skutkiem w postaci wyra enia „demokratycznej legitymacji”.
2. Legitymacja jako synonim legalno ci.
3. Legitymacja jako pochodna efektywno ci.
4. Legitymacja jako forma społecznej akceptacji/przyzwolenia.
5. Legitymacja jako forma społecznego konsensusu.
6. Legitymacja jako wynik dyskursu społecznego.
7. Legitymacja jako pochodna wiary legitymizacyjnej.

Wskazuj c na tylko przykładowo wymienione koncepcje, warto zwróci uwag na jeden z najwa niejszych aspektów.

Charakterystyczne problemy legitymizacji władzy i prawa pojawiły si wraz z powołaniem nowo ytnego pa stwa. Przełomowym, z punktu widzenia legitymizacji władzy politycznej, dla prawa był proces „odczarowania wiata” sprowadzaj cy si do „desakralizacji władzy”, a w praktycznym wymiarze do „wyodr bnienia problemu władzy” z ładu antropologicznego i uczynienia go „cz ci składow ” konstytuowanych na nowo relacji społecznych. Cech charakterystyczn wcze niejszego ładu społecznego było jego specyficzne powi zanie z systemem warto ci, tworze normatywny i instytucjonalny układ odniesienia. Sakralizacja władzy wyra ała dominuj c aksjologiczn struktur . Jej najpełniej-

szym wyrazem była teologiczna koncepcja władzy i jej boskiego pochodzenia. Naturalny porz dek, ład antropologiczny legitymował równie prawo, korzystaj c z idei prawa naturalnego.

Z chwil powstania nowo ytnego demokratycznego pa stwa i uznania ludu jako suwerena decyduj cego o kształcie władzy i wyposażeniu jej w prerogatywy prawotwórcze powstała nowa sytuacja. Osłabienie idei prawa naturalnego i zwrot w kierunku prawa pozytywnego stworzyły nowe warunki dla legitymizacji, która stawia czoło arbitralności, próbuje wyja ni paradoksy i sprzeczności i usprawiedliwia sposoby działania⁵.

W koncepcjach legitymizacji prawa, opieraj cych si na założeniu o współzależności prawa i polityki, najbardziej znana jest propozycja Maxa Webera⁶. Z punktu widzenia prowadzonej analizy Weberowski model prawowitości jest interesujący nie tylko z tego względu, że zawiera odniesienia do wszystkich kluczowych kwestii legitymizacji, ale także ze względu na jego rezonans naukowy. Koncepcja prawowitości przedstawiona przez Webera odnosi się przede wszystkim do władzy (panowania), która jest charakteryzowana jako „możliwość podporządkowania zachowania innych osób swej woli”. W definiowaniu legitymacji władzy, określeniu jej istoty, proponowanym przez Webera, centralnym zjawiskiem jest proces internalizacji panowania. Jest to proces zależny od trzech korelatywnych typów legitymizacji związanych z panowaniem tradycyjnym, charyzmatycznym i racjonalno-legalnym. Spośród wyróżnionych typów szczególną pozycję przypisywana jest uprawomocnieniu racjonalno-legalnemu jako najbardziej charakterystycznemu dla współczesnej organizacji politycznej społeczeństwa, dla nowoczesnego państwa. Legalne panowanie na mocy ustanowienia, którego najczęstszym typem jest władza biurokratyczna, zostało określone w sposób bardzo precyzyjny. Panowanie na mocy „legalności” opiera się na mocy wiary w wartość legalnego ustanowienia i uzasadnionej przez racjonalnie utworzone reguły „kompetencji rzeczowej”.

Do modelu legitymizacji władzy nawiązuje model legitymizacji systemu prawnego. Dwie kwestie zostały określone jako istotne w koncepcji legitymizacji prawa. Pierwszą z nich jest wiara w obowiązywanie

⁵ T. Biernat, *The Complexity of Contemporary Legal Systems - Dilemmas and Paradoxes of Law's Legitimacy*, [w:] *Towards Recognition of Minority Groups. Legal and Communication Strategies*, eds M. Zirk-Sadowski, B. Wojciechowski, K.M. Cern, Farnham-Burlington 2014.

⁶ D.H.J. Hermann, *Max Weber and the Concept of Legitimacy in Contemporary Jurisprudence*, „DePaul Law Review” 1983, Vol. 33, Iss. 1, s. 1-30.

prawa, albo z tego powodu, że zgadzamy się z treścią norm prawnych, albo że zostały ustanowione na mocy uznawanego przez nas autorytetu władzy. Druga dotyczy przekonania, że ta wiara w ustanowione normy prawne lub autorytet władzy prowadzi do współzależnej motywacji; wiara generuje potwierdzające ją zachowania. Postępowanie zgodne z prawem nie jest ani konieczne, ani wystarczającą podstawą do ustalenia, że mamy do czynienia z legitymizacją systemu, ale jest ważną wskazówką w kierunku jego akceptacji, oczywiście przy uwzględnieniu, że takie zachowanie może być również podyktowane zagrożeniem zastosowania przynusu.

Sposób, w którym Weber próbował odróżnić te motywy postępowania, sprowadza się do przeniesienia nacisku z kwestii dlaczego aktorzy społeczni uważają, że powinni postępować zgodnie z prawem, na kwestię, dlaczego wierzą, że system jest legitymizowany. Weber określił cztery powody, na podstawie których aktorzy mogą uwierzyć, że system prawny jest legitymizowany. Po pierwsze, mogą uwierzyć, że system jest legitymizowany, ponieważ jest tradycyjny. Po drugie, o ile system odchodzi od tradycji, to może być uznany za uzasadniony, ponieważ został objawiony przez uznanego proroka. Po trzecie, system może czerpać swój legitymizację z wiary, że jest logicznie wydedukowany jako absolutny. Wreszcie aktorzy mogą uwierzyć, że system jest legitymizowany, ponieważ jest legalny. Ta ostatnia podstawa stanowi centrum uwagi Webera. Wskazuje on na dwie alternatywne przyczyny, dla których wiara w legalność systemu może być podstawą przypisywania mu legitymizacji. Po pierwsze, system, który jest legalny, jest legitymizowany, ponieważ jest wywodzony z „dobrowolnego porozumienia zainteresowanych stron”. Jako alternatywę dla teorii umowy społecznej Weber podawał inne podstawy. Twierdził, że system prawny jest traktowany jako legitymizowany, ponieważ jest narzucony przez organ, który został uznany za legitymizowany. Rozwinięcie przyjmowane przez Webera jest *de facto* wyborem konkretnego podejścia teoretycznego do problemu legitymizacji i przyjęcia rozwinięcia legitymizacji prawa po redniej. W legitymizacji prawa po redniej odwołanie następuje do autorytetu zewnętrznego.

Współzależność prawa i polityki, a konkretnie prawa i władzy politycznej, jest widoczna również w koncepcji legitymizacji Davida Beethama, który wskazuje na współzależność legitymizacji prawa i władzy politycznej⁷. Beetham nie przedstawia propozycji legitymizacji prawa jako całości, ale koncentruje się na wyjaśnieniu legitymizacji norm prawnych decydujących o nabyciu i sprawowaniu władzy. Władza jest legity-

mowana przede wszystkim wtedy, gdy nabywa się ją i sprawuje zgodnie z przyjętymi regułami. Poziom regułą wyznacza prawo; zgodnie z tymi regułami oznacza legalność, a jej brak lub złamanie oznacza nielegalność władzy. Legalność nie może stanowić w pełni adekwatnego, samowystarczającego kryterium legitymacji. Prawno-proceduralna legalność władzy jest podstawowym, koniecznym, ale niewystarczającym warunkiem legitymizacji władzy. Normy prawne, które decydują o legalności władzy, same muszą być legitymowane. Równocześnie nie podkreśla fakt, że normy prawne nie mogą legitymować same siebie tylko przez to, że są normami prawnymi, ale wymagają usprawiedliwienia przez odniesienie do warunków, które leżą poza nimi. Zgodnie z przyjmowanym stanowiskiem o historycznie zmiennym procesie legitymizacji podkreśla źródłowe formy uzasadnienia i usprawiedliwienia norm prawnych, które występują w społeczeństwie. Realne sposoby uprawnocnienia norm prawnych legitymujących władz muszą opierać się na uzasadnieniu i usprawiedliwieniu. Uzasadnienie jest budowane na bazie autorytatywnego źródła dla norm, zewnętrznego lub wewnętrznego dla społeczeństwa. Usprawiedliwienie dotyczy treści norm prawnych. Momentem rozstrzygającym w kształtowaniu legitymizacji władzy i prawa jest skuteczna legitymacja norm nabycia i sprawowania władzy.

Zaprezentowane stanowiska, podobnie jak i inne sięgające do doktryny umowy społecznej, można scharakteryzować jako ukierunkowane na traktowanie legitymizacji prawa jako zapożyczonej od legitymowanej władzy, czyli we współczesnych demokratycznych systemach władzy legitymowanej przez demokratyczny wybór. Demokratyczna legitymacja legislatury, traktowanie legislatury jako emanacji suwerena jest warunkiem koniecznym, ale niewystarczającym dla legitymowania, usprawiedliwienia i uzasadnienia podejmowanych decyzji legislacyjnych⁸. Przyjmowane stanowisko nie oznacza zakwestionowania demokratycznej legitymacji władzy, w tym również legislatury. Jest zakwestionowaniem tak rozumianej legitymacji jako wystarczającego usprawiedliwienia, rodzaju *carte blanche* dla działań władzy. W systemie demokratycznym woluntaryzmowi działania władzy prawodawczej potencjalnie zapobiegają wprowadzenie norm konstytucyjne, prawa podmiotowe, prawa człowieka, kontrola konstytucyjna tworzonego prawa, inaczej mówiąc, to wszystko, co wyznacza szeroko rozumiane granice władzy, ale mimo występowania tych rozwińz nie zapobiegają one podejmowaniu takich decyzji, w tym również w sferze tworzenia prawa,

⁸ T. Biernat, *Legitymizacja procesu legislacyjnego*, [w:] *Prawowito czy zgodnie z prawem. Legitymizacja władzy w państwach demokratycznych*, red. A. Preisner, Wrocław 2010, s. 181.

które s wyrażenie upolitycznione i nie gwarantują ani prawa sprawiedliwego, ani legitymowanego. Tak scharakteryzowany „punkt wyjścia” ma fundamentalne znaczenie. Prezentując go, Sławomira Wronkowska pisze:

Prawo jest wyrazem potrzeby, a niektórzy utrzymują, że konieczności uporządkowania życia społecznego i poddania go pewnym regułom tak, by umożliwić istnienie i należyte funkcjonowanie poszczególnym ludziom i społecznościom, które oni tworzą, by uczynić ich życie w kontaktach z innymi, mającymi rozmaite aspiracje i kierującymi się różnymi interesami, bezpiecznym i przewidywalnym, wprowadzając do elementu ładu. We współczesnych państwach oczekuje się, że realizując to zadanie, tworzący prawo sami będą respektować określone reguły, w szczególności tę, która głosi, że nawet demokratycznie wyłoniony prawodawca nie jest legitymowany, by w sposób arbitralny kształtować obowiązujący tego prawa, traktując je jako instrument do osiągnięcia celów politycznych, które sobie dowolnie wyznacza⁹.

Problemem kluczowym, związanym z legitymizacją procesu tworzenia prawa, jest jego „podwójna natura”, podwójne zakorzenienie w rzeczywistości politycznej i prawnej. Jest ulokowany w rzeczywistości politycznej, bo jest działaniem władzy politycznej, jest uprawnieniem władzy, jest związany z wyznaczaniem i realizacją celów politycznych. W konsekwencji dzieli, w znacznym stopniu, status legitymizacyjny władzy politycznej. Równocześnie nie jest ulokowany w rzeczywistości prawnej. Po pierwsze, przez fakt prawnego wyznaczenia ram procesu legislacyjnego, przez skorelowanie działań prawotwórczych z systemem konstytucyjnych zasad i podstawowych praw podmiotowych. Po drugie, przez efekt, którym jest prawo, również wymagające formuły legitymizacyjnej.

W teoretycznych modelach zjawiska legitymizacji pojawiają się różne próby jego charakterystyki. Przykładem ogólnej charakterystyki jest wprowadzenie dwóch modeli legitymizacji prawa, empirycznego i normatywnego, które przedstawił Kaarlo Tuori¹⁰. Model, a raczej koncepcja empirycznej legitymizacji, kładzie nacisk na faktyczne przyjęcie prawa w ogólności lub konkretnych norm prawnych. Prawo do wiadcza empirycznej legitymacji, jeżeli w ród danej grupy istnieje poczucie obowiązku, aby go przestrzegać. Model normatywny odnosi się do kwestii akceptowalności. Prawo w ogólności i konkretne normy prawne mogą być przyjęte lub odrzucone, ale powody ich akceptowalności mogą być mierzalne w różny sposób. Można dokonać rozróżnienia między, na przykład,

⁹ S. Wronkowska, *Na czym polega dobra legislacja?*, „Przegląd Legislacyjny” 2002, nr 1, s. 10.

¹⁰ K. Tuori, *Legitimacy of Law*, [w:] *The Philosophy of Law. An Encyclopedia*, Vol. 2, ed. C.B. Gray, New York-London 1999, s. 493-495.

wzgl dami pragmatycznymi, etycznymi a moralnymi. W weryfikacji legitymacji zwykle zwraca si uwag na odniesienia etyczne i moralne jako przesłank przestrzegania lub nieprzestrzegania prawa. Kluczowym aspektem normatywnej legitymacji jest okre lenie kryteriów, które mog by zastosowane. Mo na przedstawi silne uzasadnienia na poparcie pogl du, e legitymacja jest poj ciem relacyjnym równie w tym sensie, e te kryteria s zwi zane z kultur danego społecze - stwa, odnosz si do warto ci i zasad moralnych charakterystycznych dla tej kultury. Z tego punktu widzenia nie ma odwiecznych i stałych kryteriów normatywnej legitymacji, w przeciwie stwie do twierdze zawartych w teorii prawa naturalnego.

Ostatnie zdanie wskazuje na inny, cz sto spotykany w literaturze przedmiotu, podstawowy typ rozró nienia modeli legitymacji, na wi zuj cy do klasycznego podziału co do istoty prawa. W koncepcjach prawnonaturalnych stopie legitymacji prawa pozytywnego jest uza - le niony od stopnia odzwierciedlania tre ci prawa naturalnego. W kon - cepcjach pozytywistycznych legitymacj prawa mo na sprowadzi do jego tetycznego lub systemowego uzasadnienia. Z punktu widzenia omawianych zagadnie znac ca jest konsekwencja dominuj cego pa - radygmatu. Jest to „domniemanie” legitymacji prawa. Jest to postawa wyra aj ca silne przekonanie, i zasadniczo prawu „przysługuje” cecha samoistnego usprawiedliwienia. Ten typ legitymacji mo na okre li mianem atrybutywnej. Omawian zale no dobrze charakteryzuje nast puj ca wypowied :

Teoria tworzenia prawa po prostu nie jest konieczna ani dla współczesnych teo - rii prawa natury, gdzie prawo pozytywne jest legitymowane, je eli zostało po - prawnie wydedukowane z prawa natury, ani dla pozytywizmu prawnego, gdzie prawo pozytywne jest legitymowane przez odniesienie do suwerena¹¹.

Wyst puj ce w wielu wariantach obydwie koncepcje prawa decyduj o szczegółach modeli legitymacji, współcze nie najcz ciej przybiera - j cych form modeli syntetyzuj cych obydwie idee w ró nym stopniu i w ró nych proporcjach.

Na tym tle da si wyró ni szczegółowe modele legitymacji silnie osadzone w zwartych, szeroko ugruntowanych filozoficznych i teore - tycznych koncepcjach prawa. Mo na w tym wypadku odwoła si do najcz ciej przywoływanych przykładów. W filozofii prawa, w nurcie twardego pozytywizmu lokowana jest czysta teoria prawa Hansa Kel-

¹¹ I.B. Flores, *Th e Quest for Legisprudence. Constitutionalism v. Legalism*, [w:] *Th e Th e - ory and Practice of Legislation. Essays in Legisprudence*, ed. L.J. Wintgens, Alder - shot 2005, s. 39.

sena. Zgodnie z nią legitymacja norm prawnych została zredukowana do ich wartości formalnej. W rzeczywistości pojęcie legitymacji związane jest z wartością i obowiązywaniem norm prawnych, wynikających z konkretnego sposobu istnienia, charakterystycznego dla tego rodzaju norm. W tej koncepcji jest to istnienie w ramach systemu o konkretnej strukturze, wspartego ideą normy podstawowej (*Grundnorm*).

Również w koncepcji H.L. Harta odnajdujemy ideę legitymizacji prawa, która w jakim stopniu nawiązuje do rodzaju normy i jej usytuowania w systemie prawa. System prawa jest związkiem reguł pierwotnych i wtórnych. Reguły wtórne, reguły uznania w jakim stopniu pełni funkcję legitymizującą w stosunku do reguł pierwotnych, aczkolwiek w tej koncepcji wprowadzenie walidacji moralnej do legitymizacji prawa nie jest wykluczone.

W koncepcji prawa Johna Finnis, który jest przedstawicielem klasycznego nurtu prawa natury, istotą prawa jest zapewnienie możliwości realizacji przez członków społeczeństwa podstawowych wartości. Uosobieniem tych wartości jest prawo podmiotowe – naturalne prawo człowieka. Prawo naturalne nie stoi w opozycji do prawa pozytywnego, ale wyznacza jego zakres, jego treść. Z tego względu możliwe są różnego rodzaju kombinacje tych relacji, przejawiające się w rozwijaniu kompleksowym (generalnie ze względu na zakreślone granice prawem natury system prawa jest sprawiedliwy), i naruszenia niektórych praw podmiotowych. Formuła legitymizacyjna w tej koncepcji oparta jest na możliwie najpełniejszym wsparciu prawa pozytywnego przez prawo natury.

Specyficzne miejsce w zestawieniu koncepcji legitymizacyjnych dotyczących nie tylko prawa, ale również władzy politycznej, lokowanych w szerszych konstrukcjach teoretycznych, zajmuje propozycja Jürgena Habermasa. Jest ona wtopiona w habermasowską wizję dobrego społeczeństwa, które cechować powinno porozumienie społeczne wytworzone na drodze powszechnego i niepodlegającego ograniczeniom dialogu. Wyraża się to w teorii działania komunikacyjnego (niezakłóconej komunikacji, czyli dialogu toczącego się bez wewnętrznych i zewnętrznych ograniczeń, tworzącego szczególnego rodzaju wiatopogląd komunikacyjny), a następnie w przejściu od teorii do praktyki. W rozwiniętej wersji dotyczy to uzasadnienia powstających w warunkach „idealnej sytuacji komunikacyjnej”. Legitymizacja prawa jest w tym wypadku silnie związana z jego powstawaniem, zakorzenionym w konstytucyjnie ustabilizowanych stosunkach władzy i niezakłóconym dyskursie w sferze publicznej.

W literaturze przedmiotu występuje wiele mniej lub bardziej klarownych typologii charakteryzujących w sposób ogólny zróbnicowane

podej cia do legitymizacji prawa, głównie przez wskazanie preferowanych podstaw legitymizacji. Wojciech Sokół wskazuje na trzy charakterystyczne podej cia: proceduralne, analityczne i polityczne¹². W ramach podej cia proceduralnego d y si do realizacji dobrego prawa, zwracaj c uwag na proces powstawania prawa. Legitymacja prawa jest rozumiana jako nast pstwo skutecznego zastosowania okre lonej reguł. W ramach podej cia analitycznego weryfikuje si istniej ce prawo i jego skutki z przyjmowanym wzorem, np. katalogu warto ci, adekwatno ci teleologicznej, co pozwala na stwierdzenie, w jakim stopniu wzór jest realizowany. Poziom legitymacji prawa od tego zale y. W trzecim podej ciu legitymizacja prawa jest uzale niona od realizowanego celu politycznego podmiotu stanowi cego i stosuj cego prawo. Mateusz St pie wskazuje na ró dła prawomocno ci¹³. Zalicza do nich te, które tkwi immanentnie w cechach sytemu, czyli wzory normatywne (kryteria dobrego prawa, prawo naturalne, zakładane funkcje prawa). ró dłem legitymacji mog by równie stany wiadomo ci społecznej, takie jak: akceptacja, zaufanie czy przyzwolenie, wyra ane przez adresatów prawa. Inn podstaw i ró dłem legitymizacji prawa jest przywoływana wcze niej współzale no prawa i polityki i prawowito władzy.

Analiza przedstawionych modeli legitymizacji prawa ilustruje nie tylko wyst puj ce mi dzy nimi du e ró nice, ale równie wskazuje typowe cechy charakterystyczne, które tylko w niektórych uj ciach pozwalaj na ł czenie prawa legitymowanego z prawem sprawiedliwym. Ł czenie zró nicowanych typów legitymacji lub podstaw procesu legitymizacyjnego z przyjmowanym stanowiskiem odno nie do istoty prawa prowadzi do jej uto samiania z legalno ci prawa, lub, przez mniej lub bardziej wyartykułowane powi zanie procesów legitymizacyjnych ze sfer warto ci, z prawem o okre lonej tre ci.

Legitymizacja prawa w uj ciu dynamicznym

Przedstawione stanowiska odno nie do legitymizacji prawa s nie tylko wysoce dyskusyjne, ale zawieraj tak e braki wynikaj ce z unikania odpowiedzi na podstawowe pytania. Ich katalog jest obszerny, ale najwa - niejsze z tych pyta s nast puj ce:

¹² W. Sokół, *Argumenty, działania, procedury i symbole jako elementy legitymizacji*, [w:] *Prawowito czy zgodno z prawem. Legitymizacja władzy w pa stwach demokratycznych*, red. A. Preisner, Wrocław 2010, s. 19-21.

¹³ M. St pie , *Legitymizacja prawa w ró nych modelach demokracji*, [w:] *Prawowito czy zgodno z prawem. Legitymizacja władzy w pa stwach demokratycznych*, red. A. Preisner, Wrocław 2010, s. 31.

Co konkretnie podlega legitymizacji i co jest jej obiektem? (System prawa, akty prawne, normy prawne, decyzje prawotwórcze, decyzje stosowania prawa, interpretacja prawa?). Do jakich ról legitymizacji się gamy? (Zewnętrznego, w postaci autorytetu legitymowanej władzy, czy ról wewnętrznych, w postaci wzorów, takich jak: prawa naturalne, prawa człowieka, zasady konstytucyjne?). Kto decyduje o treści wzoru? Czy przypisanie prawa legitymacji to jednorazowy akt czy ciągłe odnawiający się proces? Kto decyduje o legitymowaniu? (Społeczne stwo, grupy społeczne, indywidualne podmioty podporządkowane prawu?). W jakiej sytuacji społecznej jest podmiot podejmujący decyzje mające decydujące znaczenie dla procesu legitymizacji prawa?

Koncepcja legitymizacji prawa powinna uwzględniać odpowiedzi na postawione pytania. Niezależnie jednak od tego, na jaki sposób legitymowania kładziemy nacisk, cały proces przebiega na dwóch płaszczyznach, aksjologicznej i epistemologicznej. Biorąc pod uwagę te dwie płaszczyzny, aksjologiczną i epistemologiczną, należy wyróżnić dwa wymiary legitymizacji.

Pierwszy to ten, w którym proces legitymizacji będzie oparty przede wszystkim na idei porządku społecznego. Prawu (idei prawa jako odrębnego systemu normatywnego) przypisana jest określona rola w porządku społecznym. Z tego względu prawo ma określoną wartość. Jest to legitymacja, która wprowadziła może być stopniowalna, ale ma charakter „całociowy”. Jest formą pierwotnego uprawomocnienia prawa¹⁴. Ten typ legitymizacji ma charakter atrybutywny.

Podstaw drugiego wymiaru legitymacji prawa jest stosunek podmiotów do wszystkich obiektów składających się na funkcjonujące prawo. W ramach tej relacji mogą pojawić się różne działania podejmowane z różnych motywów. Jest to stosunek dynamiczny. Prawo zaskądym razem jest „zdefiniowane” przez akcje i reakcje stron stosunku. Jest to do wiadczenie prawa, a każda z takich nakładających się do wiadczeń odnawia i modyfikuje systemy znaczeń występujących w obrębie tej relacji. Ten typ działań konstytuuje zarówno podlegający legitymizacji obiekt/prawo, jak i jego legitymację. Można ją nazwać legitymacją konstytutywną. Zgodnie z proponowanym modelem legitymizacji prawa możemy potraktować jako rodzaj gry aktorów społecznych z prawem, jeżeli aktorzy są w stanie i mają interes, aby tę grę prowadzi. Jest to podejście oparte na modelu dyskursywnym/komunikacyjnym, gdzie faktycznie uzgadniane sensy są podstawą usprawiedliwienia i uzasadnienia.

¹⁴ G. Skipska, J. Stelmach, *Współczesne problemy i modele legitymizacji prawa*, „Colloquia Communia” 1988-1989, nr 41-42, s. 5-18.

W tej grze u ywamy powszechnie i bardzo dobrze znanych wzorów, wskazuj cych, co jest legalne, poprawne, prawe, uczciwe, sprawiedliwe, moralne *etc.*, ale nie mamy recepty wskazuj cej nam, na jakich warunkach mo liwe jest legitymowanie kompletne. Sposobem gry jest dyskurs. Dyskurs jest nie tylko dyrektyw czy postulatem. Jest potencjalnie mo liwym i, w razie zaistnienia, istotnym faktem, którego efekt i znaczenie sprowadza si do wzmocnienia atrybutywnej legitymacji prawa i nadania jej nowego wymiaru.

W tak zakre loneym modelu legitymacja jest zespoleniem trzech równie wa nych aspektów:

- uzasadnienia usprawiedliwienia i wyja nienia/przełamania arbitralno ci prawa;
- stanu zmieniaj cego w sposób istotny relacje mi dzy przedmiotem/obiektem a podmiotem (mi dzy prawem a podległych prawu członkami wspólnoty);
- rodzaju zasobu - czyli zasobu kształtowania autorytetu prawa, a przez to wzmocnienia jego efektywno ci.

Abstrahuj c od tego, jakie przybli enia mo na zastosowa do charakterystyki tego szczególnego procesu, jakim jest legitymacja, daje si on umie ci w szerokim nurcie reakcji na rzeczywisto społeczna, zaspokajaj c potrzeb jej uporz dkowania, uzasadnienia, usprawiedliwienia - ogólnie mówiąc nadawania sensu zjawiskom społecznym, w tym prawu.

W zaproponowanym rozumieniu legitymacja stwarza wi ksze szanse na doskonalenie prawa, które jest postrzegane jako najwa niejszy obszar do interaktywnej gry tocz cej si na ró nych polach, mi dzy podmiotami tworzącymi prawo, stosującymi prawo i samym prawem a adresatami prawa. Tak ujmowana legitymacja nie spełnia wszystkich oczekiwa zakorzenionych w miocie sprawiedliwo ci prawa, ale mo e zapobiec próbom jego realizacji, co najcz ciej prowadzi do karykatury sprawiedliwo ci.

Janina Błachut, Magdalena Grzyb

Seksualna panika czy racjonalna polityka? O reakcji na molestowanie seksualne studentek w Stanach Zjednoczonych

Wprowadzenie

W ostatnich latach w amerykańskiej debacie publicznej zaobserwować można niebywałą wręcz koncentrację na problemie molestowania seksualnego na kampusach uniwersyteckich. Temat przemocy seksualnej wobec młodych kobiet na amerykańskich uczelniach jest pierwszoplanowym tematem, który nie schodzi z czołówek amerykańskich gazet i został uznany za narodową plagę czy epidemię, którą należy zwalczać wszelkimi dostępnymi środkami¹.

Wzmocnienie polityczno-moralne wokół zjawiska określanego jako *campus sexual assault* nastąpiło zwłaszcza w 2011 r., co jednak nie znaczy, że wcześniej problem ów nie istniał bądź był niedostrzegany². Jednak dopiero w 2011 r. administracja prezydenta Baracka Obamy pod przewodnictwem wiceprezydenta Joeego Bidena podjęła zdecydowane kroki polityczne. Można uznać, że wtedy właściwie sprawa „dojrzała”, by zareagować na nią politycznie na poziomie federalnym.

¹ Por. tytuły prasowe odwołujące się do metafory plagi/epidemii: T. Tchen, V. Jarrett, *We Cannot Turn Our Back on this Epidemic: Sexual Assault on Colleges Campuses*, 21.09.2017, dostępna na: www.forbes.com [stan na: 8.10.2017]; N. Denby, *The Sexual Assault Epidemic Is Real*, 29.08.2016, dostępna na: www.huffingtonpost.com [stan na: 8.10.2017].

² O zjawisku molestowania seksualnego na uczelniach amerykańskich i reakcji na nie (wraz z porównaniem do polskiej reakcji na to zjawisko) traktuje w obszerny sposób wydana w 2011 r. książka: A. Gutkowska, *Zjawisko molestowania seksualnego w uczelniach wyższych w Polsce i USA. Aspekty prawne i kryminologiczne*, Toruń 2011.

Główną rolę w uczuleniu społeczeństwa na problem przed 2010 r. odegrały studentki aktywistki wspierane przez niektórych polityków z obu stron federalnego i to dzięki nim kwestia ta zaczęła przyciągać uwagę opinii publicznej. Stało się w tym czasie jasne, że szkoły wyższe powinny podjąć pewne działania, by edukować, zapobiegać i reagować skutecznie na przemoc seksualną na ich terenie³.

W kwietniu 2011 r. działające w ramach Departamentu Edukacji Biuro Praw Obywatelskich (United States Department of Education, Office for Civil Rights, dalej jako OCR), monitorujące przestrzeganie równych praw obywatelskich w systemie oświaty, opublikowało słynny *Dear Colleague Letter* (tytuł pochodzi od zwrotu rozpoczynającego dokument, dalej DCL)⁴ skierowany do szkół wyższych był jedynie okólnikiem, dokumentem zawierającym wytyczne, jak reagować na przypadki przemocy seksualnej na terenie uczelni. Sankcja za niedostosowanie się do zaleceń listu była jednak groźbą pozbawienia danej uczelni funduszy federalnych. Wszystkie uczelnie publiczne oraz niepubliczne, obawiając się dotkliwych kar finansowych nakładanych przez OCR, dostosowały się do warunków narzuconych przez rząd federalny oraz stworzyły procedury reakcji zgodne z DCL.

Można zastanawiać, czy taka zdecydowana polityczna reakcja na problem, zdawałoby się dotyczący małego ułamka populacji, nie stanowi przykładu paniki moralnej, a nie racjonalnej reakcji kryminalno-politycznej (bez zbędnego uciekania się do represji prawnocarnej) na realne zagrożenie?

Chociaż problem z europejskiego punktu widzenia może się wydawać banalny i mało istotny, to jednak samo zjawisko i kontrowersje wokół niego jak w soczewce skupiają najbardziej istotne problemy współczesnej polityki kryminalnej. *Campus sexual assault* to częstsze zjawisko, jakim jest przemoc seksualna, dlatego te przebiegi sformalizowanych form reakcji na nie mogą zwiastować kierunek zmian w prawnocarnej reakcji, w tym przyjęcie koncepcji tzw. aktywnej zgody (*affirmative consent*).

Aby udzielić odpowiedzi na pytania postawione na wstępie rozważań - moralna panika czy racjonalna polityka - rozstrzygnięcia wymagają trzy kwestie. Pierwsza - czy rozmiary zjawiska *campus sexual assault* są na tyle niepokojące, i wymagają podjęcia dodatkowych kryminalno-

³ J. Napolitano, „Only Yes Means Yes”: An Essay on University Policies Regarding Sexual Violence and Sexual Assault, „Yale Law & Policy Review” 2016, Vol. 33, s. 387.

⁴ *Dear Colleague Letter*, 11.04.2011, United States Department of Education Office for Civil Rights, dostępna na: www2.ed.gov [stan na: 8.10.2017].

-politycznych działań? Druga - jaki jest cel tych działań? Trzecia - czy przy tej strategii okazała się skuteczna dla jego realizacji?

Diagnoza zjawiska

O samym zjawisku mówi się w zasadzie już od lat 80. ubiegłego wieku. Jednak zainteresowanie polityków skorelowane z szumem medialnym pojawiło się dopiero w ostatnich latach. Przykładowo tylko w ciągu dwóch lat 2014 i 2015 sam „The New York Times” opublikował ponad 300 artykułów na temat *campus sexual assault*, co oznacza, że trzy razy w tygodniu opinia publiczna informowana była o tym problemie⁵.

Pierwsze badania na temat przemocy seksualnej w środowisku młodzieży akademickiej przeprowadziła w 1985 r. Mary P. Koss⁶. Badaczka przebadła metodą ankietową 6 tys. studentów z 32 kampusów uniwersyteckich i ustaliła, że jedna na cztery studentki doznała gwałtu lub usiłowania gwałtu.

Badanie pod auspicjami National Institute of Justice przeprowadzone w 2006 r. na dwóch dużych publicznych uniwersytetach i obejmujące 6800 studentów (wskaźnik odpowiedzi wśród kobiet wyniósł 42%) wykazało, że 19% studentek i 6% studentów college'ów padło ofiarą napaści lub usiłowania napaści seksualnej od momentu rozpoczęcia studiów⁷.

W 2014 r. prezydent Obama powołał grupę zadaniową Białego Domu do ochrony studentów przed przemocą seksualną (White House Task Force to Protect Students from Sexual Assault)⁸, która wezwała uczelnie do prowadzenia badań mających na celu ustalenie rzeczywistej skali przemocy seksualnej w jednostkach. W 2015 r. przeprowadzono takie badanie pod auspicjami Association of American Universities na 27 kampusach⁹. Człowiek wystawiony na napaści seksualne oraz mo-

⁵ K.K. Baker, *Campus Sexual Misconduct as Sexual Harassment: A Defense of the DOE*, „Kansas Law Review” 2016, Vol. 64, s. 861.

⁶ M.P. Koss et al., *The Scope of Rape: Incidence and Prevalence of Sexual Aggression and Victimization in a National Sample of Higher Education Students*, „Journal of Consulting and Clinical Psychology” 1987, Vol. 55, s. 162, 166.

⁷ Ch.P. Krebs et al., *The Campus Sexual Assault (CSA) Study. Final Report*, National Institute of Justice NCJRS, December 2007, dostęp na: www.ncjrs.gov [stan na: 8.10.2017].

⁸ *Protecting Students From Sexual Assault*, The United States Department of Justice, dostęp na: www.justice.gov [stan na: 8.10.2017].

⁹ D. Cantor et al., *Report on the AAU Campus Climate Survey on Sexual Assault and Sexual Misconduct*, Westat, 21.09.2015, dostęp na: www.aau.edu [stan na: 8.10.2017], s. 57, tab. 3-2, s. 59, tabl. 3-4.

lestowania (*misconduct*) przy użyciu fizycznej siły, groźb lub ubezwłasnowolnienia (*incapacitation*) wśród studentek ustalono na 23% (z czego 11% doznało seksualnej penetracji), a wśród studentów 5%. Wielkość próby wyniosła 779 tys. osób, zaś wskaźnik zwrotu odpowiedzi 19,3%, czyli w sumie odpowiedziało 150 tys. studentów.

Wreszcie w 2016 r. Bureau of Justice Statistics opublikowało badanie przeprowadzone na 23 tys. studentów z dziewięciu uniwersytetów (wskaźnik odpowiedzi wyniósł 54% dla kobiet i 40% dla mężczyzn), z którego wynikało, że 21% studentek i 7% studentów doznało napaści seksualnej od momentu rozpoczęcia studiów¹⁰.

Wszystkie badania wskazują, że powielana w debacie publicznej fraza *1 in 5*, czyli że jedna na pięć studentek w czasie studiów doznała przemocy seksualnej, ma swoje źródła w powyższych badaniach. Badania oczywiście podlegały krytyce. Wskazywano na różnorakie błędy natury metodologicznej, jakie popełniono w trakcie ich przeprowadzania (np. niski wskaźnik zwrotu ankiet, zbyt wąski zakres pytań, nieprecyzyjne pytania), które mogły mieć wpływ na uzyskiwane wyniki. Pomimo tych zarzutów można przyjąć, iż zakres zjawiska przemocy seksualnej wśród młodzieży akademickiej szacowany jest na podobnym poziomie oraz że jest wyższy niż w ogólnej populacji, a zatem istnieje uzasadniony powód interwencji¹¹.

Obok badań wiktymizacyjnych, które zostały wykorzystane w kształtowaniu odpowiedzi instytucjonalnej na zauważony problem, prowadzone były badania sondażowe *self-report* wśród sprawców takich czynów. Badaniem, które miało największy wydźwięk, było opublikowane w 2002 r. studium Davida Lisaka i Paula Millera¹². Autorzy ustalili, że większość gwałtów i napaści seksualnych jest dokonywana przez niewielkie grupy wszystkich mężczyzn, spośród których znaczna część to sprawcy wielokrotni. Spośród 1882 przebadanych studentów 120 (6,4%) przyznało się do dokonania czynów spełniających kryteria gwałtu lub usiłowania gwałtu. Zaś spośród tych 120 aż 63,3% przyznało się do dokonania większej liczby czynów, czy to wobec tej samej ofiary, czy wobec innych ofiar. Przeciwdziałanie napacom seksualnym powinno zatem być skierowane na „neutralizowanie” pojedynczych sprawców odpowiedzialnych za dużą część wszystkich napaści. Jeśli

¹⁰ Ch.P. Krebs *et al.*, *Campus Climate Survey Validation Study. Final Technical Report*, January 2016, dostępna na: www.bjs.gov [stan na: 8.10.2017], s. 73-74.

¹¹ K.K. Baker, *Campus Sexual Misconduct...*, *op. cit.*, s. 873.

¹² D. Lisak, P.M. Miller, *Repeat Rape and Multiple Offending Among Undetected Rapists*, „Violence & Victims” 2002, Vol. 17, No. 1, s. 73-78.

uda się zidentyfikować i „unieszkodliwić” takie jednostki, problem przemocy seksualnej zniknie z kampusów uniwersyteckich. Takie założenie przyjęli oficjele na najwyższych szczeblach, którzy ukształtowali odpowiedź instytucjonalną¹³. Nawet jeśli wnioski badań Lisaka i Millera były później krytykowane jako zbyt „uproszczone”, to jednak założenie, że wikszo sprawców gwałtów i napadów na kampusach jest seryjną i reakcja powinna być dopasowana do figury „seksualnego drapieżcy”, legła u podstaw projektowania „unieszkodliwiających”, a nie rehabilitujących środków wobec sprawców, czyli zwykłego wykluczania ich z otoczenia¹⁴.

Wysokie wskaźniki niekonsensualnych form kontaktów seksualnych wśród studentów, które wzbudziły niepokój opinii publicznej oraz samego prezydenta kraju, wydały się im być powiżane ze specyfiką amerykańskich uniwersytetów oraz studenckim stylem życia na kampusach.

¹³ E. Collins, *The Criminalization of Title IX*, „Ohio State Journal of Criminal Law” 2016, Vol 13, No. 2, s. 385.

¹⁴ Badania Lisaka i Millera oraz skrojona pod nie polityka z Tytułu IX opierały się na założeniach, że resocjalizacja takich sprawców jest niemożliwa, że uniwersytety nie są zobowiązane do podejmowania jakichkolwiek działań w tym zakresie oraz że powinny one reagować wobec takich sprawców, jakby mieli z powrotem popełnić kolejne czyny. Wyniki badań spotkały się z krytyką. Okazało się, że autorzy, zadając cztery pytania respondentom (pytania były oparte na Sexual Experiences Survey, standardowym teście oceny stosowania seksualnego przymusu), z których wystarczyło na jedno odpowiedzieć tak, by uznać, że dopuścili się przemocy. Jednak jeśli w ciągu jednego zdarzenia (z jedną osobą) miało miejsce więcej czynów, na przykład trzy, to zostało to policzone jako trzy oddzielne akty przymusu. A zatem respondent, który dopuścił się tylko raz jakiejś formy przemocy/przymusu, więcej niż jednej nawet w czasie jednego zdarzenia, gdy nie podano informacji o interwałach czasowych między tymi aktami, wobec jednej osoby lub tylko usiłowania, był liczony już jako sprawca wielokrotny, czyli „seksualny drapieżca”, na równi z takim, który dopuścił się takich czynów wobec wielu ofiar. Co więcej, inne badania wskazują na zmiany i spadek aktywności „drapieżcy” wśród młodych ludzi wraz z wiekiem. Badania longitudinalne na studentach college'ów (K.M. Swartout *et al.*, *Trajectory Analysis of the Campus Serial Rapist Assumption*, „JAMA Pediatrics” December 2015, Vol. 169, No. 12, s. 1148-1154) opublikowane w 2015 r. pokazały, że 58% mężczyzn, którzy przyznali się do gwałtu przed rozpoczęciem college'u nie dokonała gwałtu w trakcie nauki, natomiast 73% mężczyzn, którzy dokonali gwałtu w college'u, przed rozpoczęciem studiów nie dokonała żadnego zgwałcenia. Ogólnie 8% respondentów przyznało się do dokonania gwałtu w trakcie nauki w college'u. Spośród tych, którzy się przyznali, 92% dopuściło się gwałtu tylko raz, 5,3% dopuściło się więcej niż raz, lecz ich aktywność malała z czasem i tylko u 2% stwierdzono nasilenie stosowania przemocy seksualnej. Omówienie badań: D. Coker, *Crime Logic, Campus Sexual Assault and Restorative Justice*, „Texas Tech Law Review” 2016, Vol. 49, No. 147, s. 169-175.

W Stanach Zjednoczonych dla młodych ludzi początek nauki w college'u wiąże się z pierwszym wyciekiem z domu, czyli brakiem rodzicielskiej kontroli, oraz zamieszkaniem w innym miejscu, nieraz w stanie, wraz z innymi studentami. Często imprezy oraz intensywne picie alkoholu (legalnego w od 21 roku życia) są jedną z głównych atrakcji okresu studiowania, zwłaszcza dla studentów pierwszych lat (tzw. *freshmen*). Innym charakterystycznym zjawiskiem dla amerykańskich uniwersytetów (i raczej nieznanym w Europie) są tzw. bractwa, do których mogą należeć studenci i których domy/siedziby znajdują się na terenie kampusów. Domy bractw słyną z suto zakrapianych alkoholem imprez, w czasie których istnieje duże przyzwolenie na przypadkowe kontakty seksualne pod wpływem alkoholu.

Innym typowym zjawiskiem amerykańskiego sektora wyszej edukacji jest infrastruktura sportowa i utrzymywanie własnych sportowych drużyn (chodzi zarówno o gry zespołowe, np. koszykówki i futbol amerykański, jak i lekkoatletyki), które są źródłem ogromnej części dochodów uniwersytetu. Gwiazdy takich drużyn sportowych cieszą się dużymi przywilejami niedostępnymi dla zwykłych studentów.

Najbardziej typowe i nagło nione medialnie przykłady gwałtów na uczelniach dotyczą właśnie sytuacji, gdy sprawcami byli albo członkowie bractwa podczas imprezy, albo właśnie uczelniani atleci, za ofiarą była pod wpływem alkoholu lub innych środków odurzających lub w ogóle nieprzytomna¹⁵. Sprawcy, często sami pod wpływem alkoholu, wykorzystując bezradność i bezbronność ofiary, doprowadzali ją do współżycia lub innych czynności seksualnych. Tak sytuacja może na określić jako paradygmatyczną, pod którą w zasadzie cała odpowiedź systemowa została skrojona¹⁶.

¹⁵ Bardzo popularny film dokumentalny *Hunting Ground* z 2015 r. (*Pole walki* w reż. Kirby'ego Dicka) o *campus sexual assault* opowiada właśnie historię kilku dziewczyn zgwałconych w czasie imprez przez członków bractwa, innych kolegów lub uczelnianych gwiazd sportowych. Bohaterki filmu nie mogły w żaden sposób uzyskać od władz uczelni ukarania sprawców, więc zbiorowym wysiłkiem skierowały skargę do OCR o dyskryminację na podstawie Tytułu IX. Autorzy filmu stawiają tezę, iż niechęć władz amerykańskich uczelni do reagowania na zgłaszane przypadki przemocy seksualnej ze strony członków bractw czy gwiazd sportowych wynika z ich chęci ochrony własnych interesów finansowych oraz dobrego wizerunku uczelni, albowiem sukcesy sportowe to znaczące źródło dochodów całego uniwersytetu (stać przywileje gwiazd sportowych) podobnie jak darowizny pochodzące od absolwentów członków bractw, którzy czują się związani z uczelnią przez resztę życia. Ponadto opinia o danym uniwersytecie jako miejscu, gdzie dochodzi do gwałtów, wpłynie na spadek atrakcyjności uczelni w oczach potencjalnych kandydatów i w efekcie spadek prestiżu szkoły.

¹⁶ D. Coker, *Crime Logie...*, op. cit., s. 162 i nast.

Cele reakcji

Gdy problem został zidentyfikowany, empirycznie potwierdzony, za w wyniku nacisku studentek aktywistek ruchu *anti-rape* i nagło nienia medialnego równie politycznie dostrzeżony, zostały podjęte kroki, by na problem odpowiednio na poziomie instytucjonalnym zareagować. Z uwagi na istniejące badania empiryczne potwierdzające skalę występowania zjawiska molestowania seksualnego na kampusach uniwersyteckich trudno uznać, że problem został sztucznie wykreowany czy wyolbrzymiony. Powielana w mediach i przez polityków słynna figura *1 in 5* świadczą o częstotliwości wiktymizacji młodych kobiet znajduje w zasadzie potwierdzenie w badaniach naukowych.

Plan interwencji, opracowany przez administrację rządową (OCR), był podporządkowany dwóm celom. Po pierwsze, chodziło o zlikwidowanie instytucjonalnego uprzedzenia w przeciwdziałaniu seksualnemu molestowaniu na uczelniach oraz lekceważenia tego problemu. Po drugie i przede wszystkim - o wyeliminowanie niepożądanych zachowań, czyli przemocy i molestowania seksualnego przez wypracowanie nowej formuły reakcji (uwzględniającej elementy szerszych zmian kulturowych)¹⁷.

Cele miały zostać osiągnięte za pomocą dwóch środków: przyjęcia, że molestowanie i przemoc seksualna, jakiej doświadczały studenci i studentki, to forma dyskryminacji i stosowanie Tytułu IX poprawki edukacyjnej¹⁸ oraz wprowadzenie zasady tzw. aktywnej zgody (*affirmative consent*) przy ocenie skarg o przemoc i molestowanie rozpatrywanych przez władze uczelni.

Sposoby reakcji. Molestowanie seksualne jako forma dyskryminacji

W kwietniu 2011 r. OCR opublikował wspomniane już pismo DCR, dokument bez formalnej mocy wiążącej, określany jako istotne wytyczne dla wszystkich instytucji edukacji wyższej co do sposobu reagowania na zgłaszane sprawy przemocy seksualnej pod groźbą cofnięcia federalnego finansowania dla uczelni.

DCL nakazał uczelniom stosowanie Tytułu IX do spraw przemocy seksualnej na kampusach. Pierwotnie Tytuł IX odnosił się do spor-

¹⁷ J. Napolitano, „*Only Yes Means Yes*”, *op. cit.*, s. 389.

¹⁸ Akt prawny zakazujący dyskryminacji ze względu na płeć w instytucjach o wyższej uczalności uchwalony przez Kongres w 1972 r.; zob. Title IX, Education Amendments of 1972 (Title 20 U.S.C. Sections 1681-1688).

tu i miał gwarantować kobietom równy dostęp do zajęć sportowych. W 1997 r. OCR, instytucja powołana między innymi do egzekwowania Tytułu IX, wydał administracyjny okólnik, w którym seksualne molestowanie określono jako formę dyskryminacji ze względu na płeć¹⁹. W 1999 r. Sąd Najwyższy w sprawie *Davis v. Monroe County Board of Education* uznał, że molestowanie seksualne między studentami może naruszać prawo studenta/studentki do edukacji²⁰. W 2001 r. OCR wydał wytyczne, w których podkreślił, że zapobieganie i naprawa szkód wynikłych z molestowania w uczelniach stanowi fundamentalne zadanie dla zapewnienia bezpiecznego otoczenia studentom, by mogli się uczyć.

Publikacja DCL i stworzenie ogólnokrajowej polityki reakcji na problem nie była więc odosobnionym wydarzeniem, ale kulminacją procesu kształtowania się zasad odpowiedzialności uczelni za molestowanie i przemoc seksualną wśród studentów, który trwał od przeszło dwóch dekad. Pewne aspekty DCL zostały następnie włączone do Campus Sexual Violence Elimination Act i stały się prawem federalnym²¹.

Najważniejszym punktem DCL było wyrażenie wskazanie administracji uczelnianej jako organu mającego reagować na przypadki przemocy seksualnej - w ramach postępowania dyscyplinarnego - a nie publicznych służb i organów ścigania. Uczelnie miały rozpatrywać zgłaszane przypadki jako sprawy o dyskryminację, czyli według reguł postępowania cywilnego, a nie karnego. Drugim kluczowym kwestią w DCL był nakaz stosowania najniższego możliwego standardu dowodowego, tzw. *preponderance of evidence*, czyli przewagi dowodów - „bardziej prawdopodobne niż nie”²². Uznano, że administracja uczelniana wyspecjalizowana w zwalczaniu dyskryminacji jest lepiej przygotowana na reagowanie na tego typu sprawy.

Przemoc seksualna i molestowanie zostały uznane za dyskryminację ze względu na płeć w takim znaczeniu, że każda napadkreuje wrogię środowisko - atmosferę wrogości, nieprzychylności i strachu dla całej

¹⁹ Podaj za: J. Napolitano, „Only Yes Means Yes’...”, *op. cit.*, s. 393.

²⁰ Zob. sprawa *Davis v. Monroe County Board Of Education* (526 U.S. 629, 633 [1999]). Wyczerpujące omówienie kształtowania się amerykańskiego ustawodawstwa i orzecznictwa dotyczącego molestowania seksualnego w sferze zatrudnienia i edukacji: A. Gutkowska, *Zjawisko molestowania seksualnego...*, *op. cit.*, s. 46-113.

²¹ Tzw. SaVE Act z 2013 r., czyli poprawka do Violence Against Women Act; zob. S. 128 - Campus Sexual Violence Elimination Act (113th Congress [2013-2014]).

²² W tym uproszczeniu w amerykańskim prawie wyróżnia się trzy rodzaje standardów dowodowych: - *preponderance of evidence* - określany jako 50% prawdopodobieństwo winy; *clear and convincing evidence* - wymagający 75% prawdopodobieństwa winy; - *beyond reasonable doubt* - najwyższy standard, stosowany w sprawach karnych.

grupy, w tym przypadku kobiet, a to z kolei ogranicza ich równy dostęp do edukacji. Główną ideą amerykańskiego prawa antydyskryminacyjnego w przypadku stwierdzenia dyskryminacji jest zapewnienie ochrony przed dalszym nierównym traktowaniem i w następnej kolejności zadanie uczynienia osobie, która danej formy dyskryminacji doświadczyła²³. Uczelnia ponosi odpowiedzialność za akty dyskryminacji przed sądem cywilnym za tolerowanie i tym samym przyczynianie się do takiej atmosfery. Narodzi się na pozwy potencjalnych ofiar i ryzyko wypłaty dotkliwych odszkodowań.

Słowem, uczelnie zostały zobowiązane do skutecznego reagowania i zapobiegania napadom i molestowaniu seksualnemu pod groźbą dotkliwych strat finansowych: utraty funduszy federalnych, w przypadku uniwersytetów publicznych, oraz narodzi się na wielomilionowe pozwody od ofiar przed sądami cywilnymi.

Oddelegowanie spraw o przemoc i molestowanie seksualne nie do wymiaru sprawiedliwości karnej, ale do administracji uczelnianej i stosowanie procedury cywilnej w ramach przepisów Tytułu IX, czyli potraktowanie ich nie jako przestępstw w prawnokarnym znaczeniu, ale formy dyskryminacji, stworzyło wyjątkowy okaz, by zaprojektować reakcję na przemoc seksualną poza prawem karnym, nie odwołując się do jego instrumentarium²⁴ oraz starając się uniknąć błędów czy wypaczeń typowych dla reakcji prawnokarnej.

Okazja ta została entuzjastycznie przyjęta przez ruch feministyczny i przedstawicielki feministycznej analizy prawa jako szansa na skuteczniejszą odpowiedź instytucjonalną na przemoc seksualną. Wiązało się to z rozczarowaniem prawem karnym jako instrumentem zmiany kulturowej i równouprawnienia płci podnoszonym przez wiele feministek i prawników w pierwszej dekadzie XXI w., gdy stało się jasne, że zmiany w reakcji prawnokarnej na zgwałcenia i przemoc seksualną forsowane przez feministki od lat 70. XX w. (*rape law reform*) nie przyniosły spodziewanych rezultatów. Pomimo zmiany definicji jurystycznej przestępstwa zgwałcenia, eliminacji wymogu oporu ofiary i pewnych proceduralnych zmian, wciąż kobiety będące ofiarami gwałtów niechętnie zgłaszały się na policję i wciąż wskaźnik skazań był niski, a wiktymizacja wtórna nadal dotkliwa²⁵.

²³ A. Gutkowska, *Zjawisko molestowania seksualnego...*, op. cit., s. 114.

²⁴ E. Collins, *The Criminalization...*, op. cit., s. 366.

²⁵ Do głównych przyczyn porażki *rape law reform* Michelle J. Anderson i Katherine K. Baker zaliczają: standardy dowodowe w postępowaniu karnym (które w sprawach o zgwałcenia, gdy nie ma śladów użycia przemocy ani innych dowodów/wiadomości tylko zeznanie ofiary, czyni skazanie praktycznie niemożliwym),

DCL nakłada na uczelnie trzy obowiązki: reakcji, zapobiegania i naprawienia szkody. Uczelnia jest zobowiązana odpowiednio zareagować na wszystkie przypadki przemocy/molestowania, o których informacja do niej dotarła. Uczelnia w takiej sytuacji ma dwie opcje: albo zniechęca do zgłaszania, unika dowiadywania się o takich sprawach, albo włącza się do zgłaszania, by udowodnić, że traktuje się sprawy poważnie. Chodzi tu zarówno o ustalenie zakresu definicji napadów seksualnych czy molestowania, obowiązki zgłaszania takich spraw, jak i stosowanie środków dyscyplinujących wobec osób oskarżonych o takie przewinienia. Nakładane sankcje, czy to tu po przyjęciu zgłoszenia, przed wydaniem decyzji stwierdzającej naruszenie zasad, mogą wahać się od nałożenia zakazu kontaktu, przebywania w określonych miejscach lub na całym kampusie, zawieszenia w prawach studenta na określony czas a do wydalenia z uczelni. Chodzi również o właściwe procedury, formalne dochodzenia, przesłuchania i ocen dowodów według standardu „przewagi dowodów”, która jest dokonywana na korzyść osoby skarżonej.

Obowiązek zapobiegania jest podporządkowany ideom zarządzania ryzykiem, indywidualizacji odpowiedzialności i ekspansji działań regulacyjnych w celu ochrony otoczenia. Jest realizowany przez dwa rodzaje działań: zapobieganie przez edukację potencjalnych ofiar i wiadków oraz inkapacytację (unieszkodliwienie) sprawców. Ten obowiązek oparty jest na założeniu, że programy edukacyjne o redukcji ryzyka – które powinny kształtować umiejętności rozpoznawania znaków ostrzegawczych molestowania i unikania napadów i ewentualnie interweniowania, gdy jest się wiadkiem – należy kierować do studentów. Natomiast sprawy z grup niereformowalnych dewiantów, co do których żadne wysiłki resocjalizacyjne nie mają sensu i należy ich eliminować z środowiska. Takie założenie zostało zaczerpnięte ze wspomnianych już wyobrażeń Lisaka i Millera.

Obowiązek podejmowania środków zaradczych dotyczy działań zarówno wobec ofiar napadów seksualnych, jak również wobec całej społeczności akademickiej danej uczelni. Chodzi zwłaszcza o zapewnienie ofierze pomocy i wsparcia, na przykład w zmianie zakwaterowania, nałożenie na sprawcę zakazu kontaktu czy dostęp do pomocy medycznej i psychologicznej.

kulturowe wyobrażenia i stereotypy o gwałcicielach, o kobietach jako skłonnych do kłamstw i zaprzeczenie kobiecej podmiotowości; M.J. Anderson, *Campus Sexual Assault Adjudication Resistance to Reform*, „The Yale Law Journal” 2016, Vol. 125, No. 7, s. 1946-1949; K.K. Baker, *Campus Sexual Misconduct*, *op. cit.*, s. 866-871.

Warto pamiętać, że głównym celem spraw o dyskryminację jest zapewnienie ofierze ochrony i zapobieganie dalszym naruszeniom jej praw. Tak więc priorytetem w sprawach o molestowanie, czy inne przewinienia seksualne na uczelni, jest ochrona interesu osoby pokrzywdzonej. Tak jak w sprawach karnych zasada domniemania niewinności – przynajmniej w teorii, gdy nie można ustalić winy sprawcy, służy jego interesom – tak w sprawach o dyskryminację istnieje domniemanie naruszenia praw osoby i w tym przypadku rozstrzygane na korzyść osoby skarżącej²⁶. Nakładane sankcje, natury administracyjnej, nie karnej (nawet jeśli w praktyce przypominają raczej kary i rodki karne), odnoszą się do funkcjonowania osoby oskarżonej czy podejrzewanej na kampusie, jak zakaz zbliżenia, przebywania w określonych miejscach *etc.*, mają za zadanie przede wszystkim zapewnić bezpieczeństwo osobie pokrzywdzonej i neutralizację wrogiej atmosfery, którą osoba podejrzewana swoim postępowaniem stworzyła.

„Tak znaczy tak”, czyli nowa definicja zgwałcenia

Innym istotnym elementem reakcji instytucjonalnej na *campus sexual assault*, już nie wprost wskazanym w DCL, ale powszechnie przyjętym i inkorporowanym już do niektórych ustawodawstw stanowych, jest standard tzw. aktywnej/entuzjastycznej zgody (*affirmative consent*) przy definiowaniu zgwałcenia i przemocy seksualnej. Przyjęcie definicji gwałtu opartej o standard aktywnej zgody to jeden z celów ruchu feministycznego – standard maksymalnie chroni cyfrową autonomię seksualną, o który progresywni zwolennicy *rape law reform* postulowali również na gruncie prawa karnego.

Doktryna aktywnej zgody zakłada, że zwykła bierność lub przyzwolenie na działania drugiej osoby nie stanowi wystarczającego pozwolenia, by dokonać seksualnej penetracji. Wątpliwa zgoda musi być aktywna, pozytywnie wyrażona, werbalnie lub pozawerbalnie – chęć /wola/ zaangażowania się w stosunek płciowy, by druga strona mogła przystąpić do penetracji. „Aktywna zgoda daje więc jasno ci obojgu partnerom”²⁷.

Zasada aktywnej zgody, znana w polskiej literaturze również jako entuzjastyczna zgoda, określana jest również jako standard „tak znaczy tak”, by odróżnić go od „nie znaczy nie”, która kładzie nacisk wyłącznie na znamienny brak zgody ofiary (bez konieczności stawiania oporu). Jest to więc w istocie krok dalej w ewolucji definiowania zgwałcenia

²⁶ K.K. Baker, *Campus Sexual Misconduct*, *op. cit.*, s. 884-885.

²⁷ M.J. Anderson, *Campus Sexual Assault*, *op. cit.*, s. 1978.

w kierunku ochrony autonomii seksualnej. Sprawca nie musi już u y przemocy, podst pu czy gro by, by pokona opór ofiary, a ofiara musi udowodni , e jej opór był, lecz został przełamany²⁸. Ofiara nie musi już nawet powiedzieć wyra nie „nie”, by zmanifestowa brak zgody lub udowodni , e nie miała mo liwo ci wyra enia wiadomej i swobodnej zgody. Według zasady „tak znaczy tak” strona musi powiedzieć (lub pokaza), e chce, czyli jednoznacznie wyrazi zgod .

Prawo uchwalone w 2014 r. w Kalifornii wł czyło aktywn zgod do definiowania przemocy seksualnej na terenie kalifornijskich szkół wy szych:

Aktywna zgoda oznacza afirmatywne, wiadome i dobrowolne porozumienie, by zaanga owa si w zbli enie seksualne. Jest odpowiedzialno ci ka dego uczestnika aktywno ci seksualnej upewni si , e ma aktywn zgod drugiej strony na zbli enie. Brak sprzeciwu lub oporu nie oznacza zgody, ani te milczenie nie implikuje zgody. Aktywna zgoda musi trwa podczas całej aktywno ci seksualnej i w ka dym momencie mo e by cofni ta. Istnienie relacji lub zwi zku mi dzy stronami lub fakt uprzednich kontaktów seksualnych równie nie implikuje zgody²⁹.

Nast piło wi c bardzo wyra nie poszerzenie zakresu zachowa okre lanych jako zgwałcenia. Zasadniczo ka da niekonsensualna forma stosunków seksualnych, w których obie strony nie wyraziły wiadomej i wyra nej zgody, mo e zosta uznana za zgwałcenie. W praktyce chodziło o obj cie regulacj i penalizacj stosunków seksualnych, które miały miejsce, gdy jedna ze stron (b d te obie strony), b d c pod wpływem alkoholu lub innych rodków odurzaj cych, czasami wr cz nieprzytomna, nie była w stanie wiadomie wyrazi zgody na zbli enie, na przykład w czasie imprezy studenckiej.

Stworzenie systemu reakcji na gruncie Tytułu IX, które miało by wyci gni ciem wniosków z pora ki *rape law reform* w prawie karnym, polegało wi c na poszerzeniu definicji gwałtu o czyny, które na gruncie prawa karnego nie spełniaj przesłanek przest pstwa zgwałcenia. Co wi cej, w ogóle na poszerzeniu zakresu regulowanych zachowa (przemoc seksualna, ale te molestowanie seksualne) o ka de zachowa-

²⁸ Por. J. Błachut, M. Grzyb, *Je eli kobieta mówi „nie”, to co to oznacza?*, [w:] *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych*, red. A. Adamski et al., Toru 2012, s. 339-350.

²⁹ M.J. Anderson, *Campus Sexual Assault...*, op. cit., s. 1980; Senate Bill No. 967 Student Safety: Sexual Assault (An Act to add Section 67386 to the Education Code, Relating to Student Safety), dost pne na: leginfo.legislature.ca.gov [stan na: 8.10.2017].

nie o charakterze seksualnym, ju nawet nie niekonsensualne, ale niepo dane (*unwelcome*)³⁰, przy jednoczesnym wprowadzeniu ni szego standardu dowodowego - przewagi dowodowej (czyli „bardziej prawdopodobne ni nie”). To z kolei oznaczało przechylenie standardu dowodowego i nastawienie instytucji na korzyść ofiary.

Odej cie od zasady dowodu potwierdzaj cego (*corroborating evidence*), czyli dodatkowego dowodu (np. ładów u ycia przemocy lub obdukcji lekarskiej albo zeznań innych wiadców) potwierdzaj cego słowa ofiary, dominuj cego w procedurze karnej w sprawach o zgwałcenie, na rzecz przewagi dowodowej oraz charakterystyczne dla spraw o dyskryminacji, domniemanie istnienia dyskryminacji, doprowadziło do sytuacji, zupełnie nie do zaakceptowania w procesie karnym, e w post powaniu wierzy si ofierze tak długo, jak osoba oskar ona o przewinienie nie udowodni swojej niewinno ci.

Chodzi wi c o zupełnie inne pojmowanie zgwałce jako wszelkich niekonsensualnych stosunków seksualnych i jednoczesne uprzywilejowanie zeznania osoby pokrzywdzonej, by zwi kszy zasi g reakcji na takie czyny. Chocia metody mog si wydawa kontrowersyjne, jednak w praktyce pomysłodawcom i zwolennikom takich rozwi za przy wiecał szczytny, zupełnie słuszny i racjonalny cel. Chcieli nie tylko rozmontowa seksistowsk kultur panuj c na ameryka skich kampusach, której efekt jest potgowany przez wzorce konsumpcji alkoholu i za ywanie rodków odurzaj cych, ale w szerszej perspektywie celem było fundamentalne przeformułowanie relacji intymnych - eliminacji *male entitlement to sex*, czyli m skiego przywileju/roszczenia/uprawnienia do seksu. Chodzi o podwa enie wszelkich kulturowych stereotypów seksualnych na temat zachowa m czyzn i kobiet - m czyzny zdobywcy, który pokonuje opór kobiet (i ten opór wr cz go nakr ca, bo przełamuj c go, uwodzi c kobiet , udowadnia swoj m sko), i biernej kobiety, która mówi, e nie chce, nawet wtedy, kiedy chce, eby nie wyj na „łatw ”, i chce by zdobywana. Chodzi te o zakwestionowanie zwi zków mi dzy podbojami seksualnymi a ró nymi definicjami m sko ci, dekonstrukcj stereotypu m czyzny zdobywcy kobiet. Bo to wła nie w tych stereotypach oraz kulturowych wyobra eniach na temat relacji intymnych oraz wła ciwego zachowania kobiet i m czyzn kryje si prawdziwe ró dło przemocy seksualnej i komunikacyjnych nieporozumie , które prowadz do sytuacji, e wielu m czyzn, którzy dopu cili si gwałtu, nie zdaje sobie nawet z tego sprawy, a słowa kobiety nie s uznawane ze wiarygodne³¹.

³⁰ K.K. Baker, *Campus Sexual Misconduct...*, op. cit., s. 875.

³¹ *Ibidem*, s. 869; eadem, *Why Rape Should (Not) Always Be a Crime*, „Minnesota Law Review” 2015, Vol. 100, No. 221, s. 246.

Kontrowersje wokół egzekwowania Tytułu IX

Opisany sposób reakcji na *campus sexual assault* wydaje się być o bardziej przemysłowy, racjonalny aniżeli proste powielanie modelu reakcji prawnokarnej i uciekanie się do represji jako narzędzia zmiany zachowań. Wybrana strategia wydaje się skrojona do specyficznego kontekstu całego problemu i przede wszystkim zaprojektowana tak, by nie powieliła błędów i przeszkód charakterystycznych dla procesu karnego, które utrudniały przeprowadzenie zmiany społecznej. Mimo to postępowania uczelniane na podstawie Tytułu IX spotkały się wieloma zarzutami. Co ciekawe, odnoszą się one do tych rozwiązań, które miały wiadczyć o wyjątkowości i nowatorstwie przyjętego podejścia.

W pierwszej kolejności dyscyplinarnym procedurom o molestowanie seksualne na uczelniach zarzuca się, że przyjęcie niższego standardu dowodowego oraz typowe dla spraw o dyskryminację domniemanie jej wystąpienia narusza gwarancje procesowe osoby oskarżonej o molestowanie. Stwarza ogromne ryzyko, że każda wątpliwość będzie interpretowana na niekorzyść osoby oskarżonej. Osoba oskarżona o molestowanie czy sto nie ma tych praw do konfrontacji z ofiarą w czasie postępowania czy przesłuchania, a więc nie może jej zadawać żadnych pytań. Może tylko ustosunkować się do jej skargi złożonej na jej imię. A zatem rozwiązania mające na celu likwidację proceduralnych przeszkód systemowych, które czyni prawo karne nieefektywne w skutecznym karaniu przemocy seksualnej, spotykają się jednocześnie z największą krytyką. Jednak, jak zauważa Michelle J. Anderson, takie same standardy są stosowane również w pozostałych sprawach dyscyplinarnych na uczelni i nie budzi to żadnych kontrowersji. Wskazuje to według niej na preferencyjne traktowanie osób oskarżonych o napad seksualny w porównaniu z osobami oskarżonymi o inne przewinienia dyscyplinarne, które mają w takim samym stopniu ograniczone gwarancje procesowe oraz są narażone na takie same konsekwencje dyscyplinarne³². Co więcej, surowo sankcji dla osoby oskarżonej o molestowanie seksualne w uczelnianym postępowaniu dyscyplinarnym jest nieporównywalna z karą kryminalną³³. Nawet jeżeli grozi jej zawieszenie w prawach studenta czy wydalenie z uczelni, co z punktu widzenia jej życiowych planów może być dotkliwie, ma się to jednak do ewentualnej kary pozbawienia

³² M.J. Anderson, *Campus Sexual Assault...*, op. cit., s. 1984; K.K. Baker, *Campus Sexual Misconduct...*, op. cit., s. 883-885.

³³ K.K. Baker, *Why Rape Should (Not)...*, op. cit., s. 269-275.

wolno ci czy umieszczenia w rejestrze przestępstw seksualnych, gdyby porównywa to z reakcją prawnokarną.

Innym zarzutem jest, że takie sprofilowanie postępowania dyscyplinarnych, czyli uprzywilejowanie ofiar oraz cała narracja wokół *campus sexual assault*, przyczynia się do powstawania syndromu ofiary u młodych kobiet (tzw. wiktyimizmu), że wznieca się seksualną paranoję w szkołach wyższych i zachęca młode kobiety do postrzegania siebie jako ofiar przemocy seksualnej, nawet gdy obiektywnie nimi nie są³⁴. Takie postępowania te mogą niszczyć życie młodych mężczyzn o wieloletniej przyszłości³⁵, którym zdarzy się niepecha i być ukaranym za wybryk seksualny lub przygodny stosunek seksualny w stanie upojenia alkoholowego, czego najlepszym przykładem jest głośna sprawa Brocka Turnera gwiazdy drużyny pływackiej Uniwersytetu Stanforda³⁶.

Kolejny zarzut jest taki, że Tytuł IX został w DCL skryminalizowany, tj. przyjęte podejście, chociaż uznawane za alternatywę dla reakcji prawnokarnej, jest w istocie jej powieleniem³⁷. Jak również, że odpowiedź na problem molestowania seksualnego w szkołach wyższych wpisuje się w logikę karania, a nie od niej odchodzi, i jest częścią zjawiska określonego przez Jonathana Simona jako „zarządzania przez przestępstwo” (*governing through crime*) oraz feminizmu punitywnego (*punitive/carceral feminism*)³⁸. Logika karania (*crime logic*) przejawia się w koncentracji na indywidualnej winie, a nie zbiorowej odpowiedzialności, lekceważeniu społecznych uwarunkowań określonych zachowań, lansowaniu narracji niewinnej ofiary i sprawcy złoicy oraz preferowaniu „eliminacji” szkód tych jednostek z otoczenia³⁹. Uniwersytety na podstawie Tytułu IX, który w założeniu ma być formą instytucjonalnej odpowiedzialności samych uczelni, zaczęły surowo i po piesznie karać jednostki, by zademonstrować, że traktują problem poważnie. Dyscyplinują ce praktyki skierowane zarówno do potencjalnych ofiar, wiadków i sprawców dyktowane s logiką zarządzania ryzykiem, indywidualizacji odpowiedzialności, inkapacytacji (unieszkodliwiania) typów dla neoliberalnej punitywnej polityki kryminalnej. A transformacyjny czy naprawczy potencjał Tytułu IX jest zupełnie pomijany.

³⁴ M.J. Anderson, *Campus Sexual Assault...*, *op. cit.*, s. 1990.

³⁵ *Ibidem*, s. 1992-1994.

³⁶ Por. M. Grzyb, *Przemoc wobec kobiet, populizm penalny i feminizm*, [w:] *Populizm penalny*, red. J. Widacki, Kraków 2017, s. 107-118.

³⁷ E. Collins, *The Criminalization...*, *op. cit.*

³⁸ D. Coker, *Crime Logic...*, *op. cit.*

³⁹ *Ibidem*, s. 156.

Jeszcze innym zarzutem są „odchylenia rasowe” (*racial bias*), które post powania na podstawie Tytułu IX generują. Jako że post powania z Tytułu IX uwzgl dniają tylko jedn podstaw dyskryminacji (ze wzgl du na płe), to pomijają inne podstawy dyskryminacji, i tej zmiennej nie mogą uwzgl dniać w swoich decyzjach. Okazuje się, że w wielu sprawach stan faktyczny wskazuje, że chodzi o sytuację, gdy biała studentka miała dobrowolny kontakt intymny z czarnym studentem i następnie go dnia, w wyniku różnych procesów psychicznych, naznaczonych uprzedzeniami oraz rasowymi stereotypami, ma wyrzuty sumienia, a więc tego, a także wmawia sobie, że to był gwałt. Lecz gdyby ten sam kontakt miała z białym mężczyzną, nie postrzegałaby sytuacji intymnej jako nadużycia. W Stanach Zjednoczonych, gdzie nadal żywy jest resentyment rasowy i którego system prawny oraz elity polityczne i medialne są przeczułone na punkcie uprzedzeń rasowych i równego traktowania, taki zarzut jest niezwykle poważny.

Może się to wydawać zaskakujące, gdy dominujący stereotyp typowego „kampusowego gwałciciela” to biały uprzywilejowany chłopiec należący do bractwa i odnoszący sukcesy w sporcie, którego idealnym wcieleniem był właśnie Brock Turner. Ale ogromna liczba spraw (nieproporcjonalna) jest skierowana przeciwko czarnym studentom lub cudzoziemcom z Azji czy Afryki. Pierwsza zwróciła na to uwagę profesor Janet Halley z Harvard Law School⁴⁰. Również w serii artykułów z września 2017 r. w prestiżowym magazynie „The Atlantic” dotyczących krytycznej oceny polityki amerykańskich uczelni w reakcji na *campus sexual assault* dziennikarka Emily Yoffe uznała kwestię rasy za jeden z najbardziej wrażliwych aspektów całej polityki⁴¹:

W miarę jak definicje napaści seksualnej przyjęte przez szkoły wydają się coraz szersze i bardziej rozmyte, coraz bardziej prawdopodobne staje się, że niewiadome uprzedzenia mogą prowadzić kogoś do reinterpretacji nieudanego zbliżenia z mężczyzną innej rasy jako napaści. A jako że standardy dowodowe zostały obniżone, ryzyko, że część tych uprzedzeń w połączeniu z brakiem pewności czy wsparcia studentów należących do mniejszości, może ich stawiać systemowo w niekorzystnej sytuacji w czasie takich postępowań bez względu na to, czy zbliżenie było mierzrasowe, czy nie.

Bo wreszcie wydaje się, że tym najpoważniejszym zarzutem jest właśnie zbyt szeroki zakres regulowanych zachowań, który w połączeniu

⁴⁰ J. Halley, *Trading the Megaphone for the Gavel in Title IX Enforcement*, „Harvard Law Review Forum” 2015, Vol. 128, s. 103.

⁴¹ E. Yoffe, *The Question of Race in Campus Sexual-Assault Cases. Is the System Biased Against Men of Color?*, 11.09.2017, dostępna na: www.theatlantic.com [stan na: 8.10.2017].

z doktryn aktywnej zgody oraz ni szym standardem dowodowym, mo e prowadzi do powa nych skutków ubocznych w postaci penalizowania zachowa , które s bardzo trudne w ocenie lub gdzie niesłychanie trudno ustali , czy rzeczywi cie doszło do nadu ycia i nie było zgody ofiary. Janet Halley wyróż nia cztery rodzaje spraw trudnych i niejednoznacznych.

Po pierwsze, chodzi o sprawy, w których wyst puj ró nice kulturowe (inne kody zachowa seksualnych) mi dzy sprawc a ofiar . Amerykańskie kampusy to rodowiska wybitnie ró norodne kulturowo, gdzie studiuj ludzie o ró nym pochodzeniu klasowym, kulturowym czy j zykowym, o ró nych kodach komunikacyjnych, w tym odnosz cych si do seksu i relacji damsko-m skich. Zwykle problemy komunikacyjne czy niezgodno w rozumieniu ró nych sytuacji mo e prowadzi do nieporozumie , które zupełnie bez złych intencji mog zosta ł dnie zinterpretowane b d pewne zachowania uznane za molestowanie lub napa . Mo e te chodzi o interpretowanie zachowa nieseksualnych jako seksualne.

Po drugie, mowa o sprawach, i to jest ogromna cz wszystkich spraw, gdzie jedna lub obie strony były pod wpływem alkoholu lub narkotyków. S oczywi cie proste stany faktyczne, gdy kto ma stosunek z osob , która były nieprzytomna i która, zanim straciła wiadomo , nie wyraziła zgody na adne zbli enie. Ale wiele jest sytuacji niejednoznacznych, w których osoba skar ca w momencie czynu była pod wpływem alkoholu, ale przytomna, nie nie wiadoma, ale o ja ni odurzonej alkoholem czy narkotykiem. Przy ocenie, czy dane zachowanie było „zgwałceniem/napa ci ” w tpliwo ci budz nast puj ce kwestie: charakter zgody lub jej braku, które wyraziła ofiara w czasie czynu; stopie , do jakiego mo na uzna , e ofiara była wystarczaj co odurzona, by w ogóle odło y na bok kwesti jej ewentualnej zgody; oraz stopie , do jakiego mo na uzna , e utrata pami ci implikuje brak zgody⁴². Oczywiście wi kszo takich spraw wynika z wzorców spo ycia, nadu ywania alkoholu przez studentów, który jest powa nym problemem amerykańskich kampusów. Jednak w sytuacji, gdy dwie strony nie pami taj dokładnie (albo wcale), co si stało i gdy nie ma wystarczaj cych dowodów, by ustali , co si stało, czy strona skar ca wyraziła lub nie wyraziła zgody, organ dyscyplinarny, przyjmuj c zasad przewagi dowodowej, daje wiar ofierze, nawet je li jej zeznanie jest pełne luk i niespójne.

Przyj cie, e je li ofiara nie pami ta dokładnie zdarzenia, jest zupełnie naturalnym w przypadku traumatycznych prze y i nie mo na z tego powodu dyskwalifikowa jej zeznania lub e je li nie stawiała ad-

⁴² J. Halley, *Trading the Megaphone...*, *op. cit.*, s. 112.

nego oporu werbalnego czy fizycznego to nie znaczy, że nie padła ofiar napaści, ma swoje źródło w neurobiologii traumy i koncepcji tonicznego bezruchu (*tonic immobility*), co również zostało poddane krytycznej ocenie jako nie zawsze adekwatne przy ocenie, czy doszło do seksualnej napaści⁴³.

Po trzecie, chodzi o sytuacje, w których jedna strona zarzuca molestowanie lub napad, lecz osobę obwinioną jest jej/jego dawna partnerka i obie strony były zaangażowane w długoletni związek i wewnątrz ich relacji nadaje specyficzne znaczenie słowom lub gestom⁴⁴.

Wreszcie może dochodzi do sytuacji, gdy jest jakaś szkoda lub krzywda, ale nie ma przewinienia. Przykładowo na pewnym uniwersytecie w Oregonie zostało wszczęte postępowanie przeciwko pewnemu studentowi w sprawie możliwego przewinienia i molestowania studentki. Przewietlono jego życie prywatne, ustanowiono zakaz zbliżania się do niej, co uniemożliwiło mu korzystanie z jego mieszkania, pracy na kampusie i uczęszczania na zajęcia. Wszystko to dlatego, że przypominał fizycznie mężczyznę, który zgwałcił ofiarę kilka miesięcy wcześniej tysiącami mil od Oregonu. Został co prawda uznany za niewinnego i oczyszczony z zarzutów, lecz zakaz zbliżania się został utrzymany w mocy i znalazł się w stanie permanentnego ryzyka naruszenia zakazu i narażenia się na odpowiedzialność dyscyplinarną z tego powodu⁴⁵.

Cały problem tkwi w tym, że postępowania na podstawie Tytułu IX nie obejmują tylko zgwałceń *sensu stricto*, czyli wymuszonych stosunków bądź innych czynności seksualnych, ale w praktyce wszelkie formy molestowania seksualnego w formie „wrogiego środowiska”. Jak wymienia Agnieszka Gutkowska, mogą to być na przykład niechciane pocałunki, danie korzyści seksualnych, wymuszone pieszczoty, obnażanie się w obecności ofiary, uwłaczające komentarze i insynuacje o charakterze seksualnym, uporczywe propozycje randek, wysyłanie wiadomości zawierających bezpośrednie aluzje seksualne i opisujące uczucia sprawcy wobec ofiary, wywieszanie rysunków osoby molestowanej

⁴³ Przekładając pojęcia z pola neurobiologii traumy, autorzy i decydenci reakcji na *campus sexual assault* przyjęli, że napad ci seksualne wywołują u ofiary obezwładniając i wieloaspektową psychologiczną reakcję, że ogromny strach przed śmiercią wywołuje tzw. toniczny bezruch (zjawisko obserwowane u wielu gatunków zwierząt), który sprawia, że ofiara jest niezdolna do mówienia czy ruszania się, że czuje się zamknięta i brak oznak werbalnego czy fizycznego oporu nie znaczy, że ofiara wyraziła zgodę na zbliżenie; zob. J. Halley, *Trading the Megaphone...*, *op. cit.*, s. 109; E. Yoffe, *The Bad Science behind Campus Response to Sexual Assault*, 8.09.2017, dostęp na: www.theatlantic.com [stan na: 8.10.2017].

⁴⁴ J. Halley, *Trading the Megaphone...*, *op. cit.*, s. 114.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 116.

wanej o wyrażonym zabarwieniu seksualnym, poklepywanie studenta po pośladkach przez wykładowcę, drwiny i insynuacje o podtek seksualny, wulgarny i obsceniczny język, obraźliwe dowcipy o podtek seksualny czy wywieszanie zdjęć nagich kobiet na biurowych ścianach i biurkach⁴⁶. Katalog tych zachowań wydaje się rzeczywiście na tyle szeroki, iż stwierdzenie, że „zakres zachowań zakwalifikowanych jako nielegalne tak ogromnie poszerzony, że w zasadzie obejmuje niemal wszelkie formy kontaktów seksualnych, jakie studenci dzisiaj praktykują”⁴⁷, wydaje się trafne. Przykładowo w Wesleyan University w stanie Connecticut pewien student na miesiąc przed ukończeniem szkoły został zawieszony na dwa semestry tylko dlatego, że wysłał nieodosowne (*inappropriate*) smsy do innej studentki noc wcześniej oraz dopuścił się wymuszonych pocałunków innej studentki cztery lata wcześniej podczas swojej pierwszej nocy na kampusie, gdy rozpoczynał studia⁴⁸.

Podsumowanie

Amerykańska reakcja na przemoc i molestowanie seksualne w szkołach wyższych jest przemyślaną oraz skrupulatnie zaplanowaną odpowiedzią systemową, która miała w założeniu spełnić konkretne cele. Po pierwsze, miała skutecznie przeciwdziałać rozpowszechnieniu na kampusach zjawisku przemocy seksualnej wśród studentów przez odpowiednio zaprojektowany system zapobiegania i reagowania nastawionego przede wszystkim na ochronę ofiary i inkapacytację sprawcy. Po drugie, dostrzeżono okazję, by alternatywnie do reakcji prawnokarnej uregulować problem oraz przededefiniować pojęcie gwałtu/przemocy seksualnej – stworzyć nowy system reakcji, który w większym stopniu niż prawo karne realizowałby feministyczne postulaty zmiany społecznej i ochrony kobiet. Po trzecie wreszcie, celem dalekosiężnym było rozmontowanie kultury seksistowskiej panującej w całym społeczeństwie i walka z męskim roszczeniem do seksu (*male entitlement to sex*), które leży u rdzenia przemocy seksualnej.

Ujęcie problemu przemocy seksualnej jako formy dyskryminacji i reagowanie na nią zgodnie z procedurami dyscyplinarnymi na uczelniach, przyjęcie niższego standardu dowodowego (przewagi dowodowej) oraz koncepcji aktywnej zgody przy definiowaniu czynu zgwałcenia, miało

⁴⁶ A. Gutkowska, *Zjawisko molestowania seksualnego*., op. cit., s. 90-91.

⁴⁷ E. Yoffe, *The Uncomfortable Truth About Campus Rape Policy*, 6.09.2017, dostęp na: www.theatlantic.com [stan na: 8.10.2017].

⁴⁸ Podaj za: E. Collins, *The Criminalization*., op. cit., s. 380.

w założeniu wyeliminować wszelkie przeszkody, jakie napotykały ofiary przemocy w procesie karnym. Uznano, że efektywniejszym sposobem przeciwdziałania takim zachowaniom będzie rozpatrywanie takich spraw w ramach postępowań o dyskryminację na podstawie Tytułu IX poprawki edukacyjnej, które rzeczywiście odrębnymi zasadami niepostępowania karne i sążniejsze przychylniejsze ofiarom.

Zwolennicy takiego rozważania są przekonani, że system reakcji działa znakomicie. Krytycy podnoszą, że szansa nie została do końca wykorzystana.

Z pewnością nie można na takiej reakcji określić jako kolejnego przykładu populizmu penalnego, mimo to nie udało się OCR oraz szkołom wyszukać ucieczki od logiki karania (*crime logic*). Przyjęte rozważanie, oparte w dużym stopniu na wynikach badań naukowych, co do zasięgu problemu, reakcji ofiar oraz charakterystyki sprawców, jest niewątpliwie bardzo racjonalne. Nawet jeżeli niektóre badania były kontestowane, to nie ulega wątpliwości, że projektodawcy, pragnąc rozwiązać problem, kierowali się racjonalnymi przesłankami.

Jednak nawet jeżeli rozważanie było racjonalne, należy zadać sobie pytanie, czy jest skuteczne i czy skutki uboczne nie okazały się zbyt wysokie. Takie ryzyko było poniekąd nieuniknione przy objęciu regulacją tak szerokiego zakresu zachowań. Wygląda na to, że przyjęte instrumenty reakcji okazały się nie do końca dobrze dobrane. Skupienie działań prewencyjnych w postaci edukacji wyłącznie na potencjalnych ofiarach czy świadkach, zaś wobec sprawców stosowanie jedynie inkapacytacji, prowadzi do sytuacji, że szkoły wysze, wychodząc z założenia, że za większość takich czynów odpowiadają notoryczni sprawcy, których nie sposób „naprawić”, nie podejmują działań edukacyjnych wobec grupy potencjalnych sprawców. Słowem, nie edukują ich, jak „nie gwałcić i nie molestować”, a jedynie karzą za dokonanie takich czynów. Warto jednak pamiętać, że przy próbie wykorzenienia tak elementarnej normy, która dotyczy różel przemocy seksualnej, jak męskie roszczenie/uprawnienie do seksu, wydaje się, że właściwie nie ma to charakteru pracy edukacyjnej i zmiana kulturowa są nieodzowne. Ograniczenie reakcji wobec sprawców wyłącznie do inkapacytacji wydaje się kontrproduktywne przy próbie regulacji tak szerokiej gamy zachowań i które występują nie tylko w określonym kontekście, ale są powszechne w całym społeczeństwie.

Nie chodzi bowiem wyłącznie o zgwałcenia, ale również o inne, w tym bardzo lekkie, formy molestowania seksualnego. Szeroki zakres kontaktów i interakcji damsko-męskich, które jeszcze do niedawna były traktowane jako normalne, czasem wręcz uważane za męskie i przez to wartościowane pozytywnie. Chodzi o zachowania podejmowane

pod wpływem alkoholu, gdy nie sposób ustalić dokładnego przebiegu zdarzenia ani ważności wyrażonej lub niewyrażonej zgody. Chodzi tu o zachowania niepodjęmowane wyłącznie przez garstkę notorycznych sprawców, ale szeroko akceptowane wzorce zachowań.

Ross Douthat, dziennikarz „The New York Times” specjalizujący się w tematyce *campus sexual assault*, krytycznie zauważył, że

oferowanie młodym mężczyznom szerokiej seksualnej licencji regulowane tylko przez jawnie niesprawiedliwy system dyscyplinarny przepełniony feministycznymi retorykami, wydaje się lepszym paliwem do toksycznego męskiego kompleksu przeładowania, mizogicznej maskulinistycznej reakcji niż jakiegokolwiek odrodzenia moralnego konserwatyzmu czy odkopania z popiołów rycerskości. Albo by ująć to w aktualnym kontekście, można by powiedzieć: Tak właśnie nie wygrywa Trump⁴⁹.

22 września 2017 r. sekretarz ds. edukacji w administracji USA nie Donalda Trumpa, Elisabeth „Betsy” DeVos, wycofała DCL i zapowiedziała przygotowanie nowych wytycznych w walce z molestowaniem seksualnym w szkołach wyższych.

Udzielając odpowiedzi na pytanie postawione w tytule należy stwierdzić – nie tylko seksualna panika, lecz także racjonalna polityka. O ile przyjęta w niej kryminalno-polityczna strategia – reorientacja z reakcji prawnokarnej na prawną oraz z działań represyjnych na prewencyjne – wydaje się zasadna, to przyjęte instrumenty dla jej realizacji budzą wątpliwość ze względu na skutki uboczne, jakie przy ich stosowaniu się generowane.

⁴⁹ R. Douthat, *Liberalism and Campus Rape Tribunals*, 13.09.2017, dostęp na: www.nytimes.com [stan na: 8.10.2017].

Jan Czaja

Wpływ polityki międzynarodowej na rozwój prawa międzynarodowego

Główne nurty rozwoju prawa międzynarodowego

Współczesne prawo międzynarodowe jest zespołem norm regulujących stosunki między państwami oraz innymi podmiotami prawa międzynarodowego, w tym podmiotami niepaństwowymi¹. Definicja ta to produkt ostatnich dekad, gdy wcześnieniej, choć uznawano podmiotowość państw międzynarodowych, to zasadniczo nie wpływało to na definicję i istotę tego prawa. Wystarczy przypomnieć, że Karta Narodów Zjednoczonych (KNZ), nadal podstawowy dokument i swoisty kodeks prawa międzynarodowego (zwłaszcza w kwestiach bezpieczeństwa), w ogóle nie wspomina o innych niż państwa podmiotach prawa międzynarodowego. Historycznie rzecz biorąc, wyłomem było uznanie Stolicy Apostolskiej za podmiot prawa międzynarodowego, wtedy gdy Państwo Kościelne przestało ist-

¹ Terminologia jest różna w zależności od tradycji, kultury językowej oraz intencji rozróżnienia i podziału na państwa i podmioty niepaństwowe. Dlatego w prawie międzynarodowym, choć częściej w stosunkach międzynarodowych, obok terminu „podmioty niepaństwowe” spotyka się terminy: „podmioty inne niż państwa”, „adresaci prawa międzynarodowego”, „aktorzy niepaństwowi”, „gracze”.

nie w 1870 r. w wyniku *debellatio* przez jednocześnie si pa stwo włoskie². Tradycyjnie za podmioty, ju w okresie mi dzywojennym, uznawano narody d ce do utworzenia własnego pa stwa, a tak e w niektórych przypadkach, co wi ązało si z walkami o niezale no w procesie pa - stwowotwórczym narodów, tak e powsta ców i strony wojuj ce.

Prawo mi dzynarodowe rozwijało si w kilku nurtach, jednak trzy z nich wydaj si najwa niejsze. Pierwszy nurt to sprawy wojny i pokoju oraz bezpiecze stwa, drugi to szeroko poj ty obrót gospodarczy, trzeci za si ga rodowodem staro ytnego Rzymu i dotyczy ró nego rodzaju spraw, które zacz ły pojawia si na styku Imperium Romanum i ob - cych ludów, zwanych przez Rzymian barbarzy cami. Nas w tym mate - riale interesuje pierwszy nurt i to głównie sprawy, które pojawiaj si na styku stosunków mi dzynarodowych i polityki mi dzynarodowej, w praktyce od pocz tków XXI w. Warto jednak przynajmniej zasygnali - zowa historyczne milowe kroki, jakie dokonały si w tych trzech obsza - rach rozwoju prawa mi dzynarodowego.

Najstarszymi dokumentami, które uznano za akty prawa narodów, były traktaty dotycz ce wojny i pokoju³. Historia prawa mi dzynaro - dowego i jego ródeł to przede wszystkim spis ró nego rodzaju aktów przymierza i pokoju, sposobów wypowiedania i prowadzenia wojny, rozejmów, a tak e ró nych form rozstrzygania sporów. Prawo mi dzy - narodowe dzieliło si wi c na *ius ad bellum* i *ius in bello*, czyli na prawie pa stw (suwerenów, narodów) do wojny i prawach prowadzenia wojny, zwanego tak e prawem wojennym. Koncentrowało si ono na próbach wprowadzenia zakazu wojny i u ywaniu siły w stosunkach mi dzy - narodowych, pokojowym rozstrzyganiu sporów, łagodzeniu skutków woj - ny i ochronie ludno ci cywilnej. Wa n rol odegrał cykl 13 konwencji haskich z 1907 r., wprowadzaj cych formalne uregulowania w zakresie prawa wojennego i sposobu prowadzenia wojny oraz cztery konwencje genewskie z 1949 r. o ochronie ofiar wojny oraz polepszeniu losu ran - nych i chorych oraz je ców wojennych w czasie wojny. Dało to podstawy pod rozwój wyodr bnionego działu prawa mi dzynarodowego, który nazwano humanitarnym prawem konfliktów zbrojnych. Ogromne zna - czenie dla pokoju i bezpiecze stwa mi dzynarodowego miał zawarty

² Wcze niej, gdy prawo mi dzynarodowe nazywane było jeszcze prawem narodów, a suwerenami byli władcy, osobowo prawn mo na było odnosi wła nie do nich.

³ Najstarszy zachowany tekst to traktat pokojowy zawarty w XIII w. p.n.e. przez faraona Ramzesa II i króla Hetytów Hattusila I, zobowi zuj cy strony do udzie - lenia sobie pomocy w razie napa ci; zob. *Prawo mi dzynarodowe publiczne*, red. C. Berezowski, Warszawa, 1967, s. 24.

w 1928 r. Traktat Paryski, zwany paktem Brianda-Kellogga, w którym strony potpiły „uciekanie się do wojny w celu załatwiania sporów międzynarodowych” i wyrzekli się wojny „jako narzędzia polityki narodowej w swych stosunkach”. Traktat, pomylany jako umowa dwustronna w stosunkach amerykańsko-francuskich, szybko stał się paktem wielostronnym, podpisanym i ratyfikowanym do 1939 r. przez niemal wszystkie państwa ówczesnego świata. I choć pakt Brianda-Kellogga nie zapobiegł wybuchowi II wojny światowej, to jednak był ważnym aktem prawa międzynarodowego, do którego odwoływano się w procesach: norymberskim i tokijskim, podczas których sędzono zbrodniarzy niemieckich i japońskich, winnych rozpętania wojny. Stał się on także podstawą zapisów KNZ, umowy, a jednocześnie statutu, Organizacji Narodów Zjednoczonych (ONZ), nowej organizacji powszechnego bezpieczeństwa, która potwierdziła zakaz uciekania się do wojny i uchyliła siły w stosunkach międzynarodowych. Konsekwencją działania nowej organizacji był dalszy rozwój prawa przeciwojennego i humanitarnego prawa konfliktów zbrojnych oraz umów z zakresu bezpieczeństwa międzynarodowego. W 1970 r. na XXV sesji Zgromadzenia Ogólnego ONZ przyjęto ważną dla stosunków międzynarodowych rezolucję zawierającą deklarację zasad prawa międzynarodowego, rozwijając katalog zasad zawartych w KNZ, która wywiera znaczny wpływ na uregulowania w zakresie bezpieczeństwa międzynarodowego.

Za najważniejsze zasady prawa międzynarodowego dotyczące obrotu gospodarczego należy uznać wolność mórz, czyli wolność żeglugi po morzach i oceanach, która choć kształtowała się przez wieki, to jednak jej obowiązywanie nie zawsze było tak oczywiste. Warto przypomnieć, że w 1493 r. papież Aleksander VI, w związku z odkryciem nowego kontynentu, wydał bullę dzielącą Ocean Atlantycki na dwa akweny: hiszpański i portugalski. Generalnie jednak międzynarodowe prawo gospodarcze rozwijało się z myślą o wolności handlu i żeglugi oraz swobodzie różnego rodzaju działalności gospodarczej. Mimo iż najważniejszy nurt wymiany gospodarczej, czyli handel międzynarodowy, opiera się na umowach cywilno-prawnych, to jednak prawo międzynarodowe tworzy ogólne prawne ramy jego rozwoju. Na podstawie umów, dwustronnych, a zwłaszcza wielostronnych, dokonuje się proces regulacji zasad handlu międzynarodowego (postanowienia dotyczące klauzul, zakazów, unikania dyskryminacji, dumpingu i innych) oraz deregulacji, czyli znoszenia nadmiernych procedur i wprowadzania swobód i ułatwień, umożliwiających w czasach globalizacji swobodny przepływ towarów, kapitału, siły roboczej i usług. Ogromną rolę w tym zakresie odegrały umowy zawierane w ramach ONZ oraz organizacji i konferencji (Konferencja

Narodów Zjednoczonych ds. Handlu i Rozwoju [United Nations Conference on Trade and Development - UNCTAD], Układ ogólny w sprawie taryf celnych i handlu [General Agreement on Tariffs and Trade - GATT]), a wyrazem rozwoju porozumie mi dzynarodowych było powołanie 1 stycznia 1995 r. na miejsce GATT wiatowej Organizacji Handlu (World Trade Organization - WTO).

W tym nurtem prawa mi dzynarodowego s regulacje w zakresie ludno ci, obywatelstwa, cudzoziemców oraz szeroko poj tego ruchu osobowego. Dotyczy to w coraz wi kszym stopniu praw człowieka i ochrony mniejszo ci narodowych, migracji oraz kwestii z tym zwi anznych (prawa azylu, ekstradycji, readmisji). Mo na powiedzie , e uregulowania w tych sprawach wywodz si w prostej linii (poniek d dotyczy to całego prawa mi dzynarodowego) od rzymskiego *ius inter gentes* (*ius gentium*), z czasem przekształconego w *res inter gentes*⁴.

Rozwój prawa mi dzynarodowego jest procesem ci głym i obejmuje ró ne sfery obrotu mi dzynarodowego, w tym przestrze powietrzn i kosmiczn . Powstanie i rozwój eglugi lotniczej na pocz tku XX w. poci gn ły za sob konieczno okre lenia sytuacji prawnej przestrzeni powietrznej. Po pocz tkowych próbach uznania wolno ci tej przestrzeni, na wzór wolno ci mórz, przyj to po I wojnie wiatowej zasad suwerenno ci ka dego pa stwa nad własn przestrzeni powietrzn . Odpowiednio do tego zacz ły rozwija si regulacje prawnomi dzynarodowe dotycz ce eglugi powietrznej⁵. Rozwój techniki kosmicznej, a zwłaszcza załogowych lotów kosmicznych, spowodował tak e konieczno uregulowania zasad wykorzystywania tej przestrzeni. Przyj to, w ład za faktami dokonany w postaci pierwszych lotów kosmicznych, e przestrze ta jest wspólna dla całej ludzko ci i nie podlega suwerenno ci adnego z pa stw. Bior c jednocze nie pod uwag , e przestrze ta mo e by wykorzystywana zarówno w celach cywilnych, jak i wojskowych, to uregulowania mi dzynarodowe w tym zakresie dokonywane s dwutorowo. Uznano w układzie z 1967 r. (zawartym jednocze nie w Moskwie, Londynie i Waszyngtonie), e przestrze kosmiczna jest wolna dla bada naukowych i u ytkowania przez wszystkie pa stwa na zasadzie równo ci i bez jakiegokolwiek dyskryminacji. Jednocze nie w innych aktach mi dzynarodowych starano si wprowadzi zasad , e

⁴ Termin został przetłumaczony w XVII w. przez angielskiego prawnika Richarda Zouche'a jako *international law*.

⁵ Podstawowym aktem mi dzynarodowym w tym zakresie jest Konwencja chicagowska z 1944 r. o mi dzynarodowym lotnictwie cywilnym, a jednym z nich zawarta w 1929 r. Konwencja warszawska o mi dzynarodowym przewozie lotniczym.

przestrzeń ta jest wolna od wyścigu zbroje i powinna być wykorzystywana jedynie w celach pokojowych. Zawarty w 1963 r. w Moskwie układ o zakazie prób z broni jądrowej rozciągał ten zakaz na przestrzeń kosmiczną, a układ z 1967 r. przewidywał, że państwa nie będą wprowadzać na orbitę okołoziemską żadnych obiektów przenoszących broń jądrową lub innych rodzajów broni masowego rażenia. Przyjęto zasadę, że zakazane jest zakładanie baz i fortyfikacji wojskowych na Księżycu oraz ciałach niebieskich, dokonywanie na nich prób z jakiegokolwiek typami broni oraz przeprowadzanie manewrów wojskowych.

rodowisko międzynarodowe i ład globalny XXI w.

Ogromny wpływ na rozwój prawa międzynarodowego wywierają wielkie, epokowe wydarzenia polityczne, zwłaszcza wojny, a także przemiany systemowe i społeczno-gospodarcze. Na bieżący wpływ taki wywiera polityka międzynarodowa, przede wszystkim w układzie globalnym, lecz także regionalnym. Motorem rozwoju bywa woła współpracy, choć wynika z niej także z narastających zagrożeń, wyzwani i konieczności międzynarodowych uregulowań. Warto więc spojrzeć pod tym kątem na środowisko międzynarodowe i procesy rozwojowe świata w dobie XXI w.

Po ponad czterdziestu latach od zakończenia zimnej wojny niewiele już zostało z optymizmu, jaki towarzyszył upadkowi komunizmu. Wydawało się, że na długie lata wyłania się nowy ład światowy, wolny nie tylko od zagrożenia nuklearnej zagłady, lecz także gotowy na stabilny pokój i efektywną współpracę międzynarodową. Poszerzone zostały w układzie globalnym strefy demokracji i gospodarki rynkowej, obalono wiele barier w wymianie handlowej i przepływach towarów produkcji ponad granicami. Europa Środkowo-Wschodnia, a także republiki byłego ZSRR, uzyskała nową geopolitykę, a zamknięte dotychczas gospodarki otworzyły się szeroko na świat, czerpiąc wzorce z ustroju liberalno-demokratycznego, wiec czego, jak sugerował to w swym *Końcu historii* Francis Fukuyama, dorobek ludzkości w zakresie efektywnych systemów polityczno-gospodarczych. Dzięki temu rozwinął się proces globalizacji, nowego wymiaru nabrała integracja europejska i Sojusz Północnoatlantycki. Sukcesy demokratyzacji i ochrony praw człowieka odbiły się echem na całym świecie, widać triumfy w jednych miejscach (zniesienie apartheidu oraz wybory w RPA), a prowadzą do tragedii w innych (jak np. na Placu Tiananmen w Pekinie). Jednocześnie nie jednak pozbawione totalitarnej skorupy i uwolnione od rywalizacji supermocarstw odzyskały

zamro one lokalne spory oraz konflikty, za wiat z modelu dwubiegunowego stał si jednobiegunowy, z jedynym hegemonem - Stanami Zjednoczonymi.

Wydawa si mogło, e hegemonia mocarstwa zza oceanu, wraz z *Pax Americana*, trwa b dzie *sine die*. Jednak trauma ataków terrorystycznych 11 wrze nia 2001 r., a nast pnie kontrowersyjne i niefortunne interwencje w Iraku oraz w Afganistanie, gorsze praktyki in ynierii finansowej, a tak e chroniczne deficyty gospodarki nadzwyczaj szybko ameryka sk hegemoni podwa yły, daj c przy tym asumpt do szerszego kryzysu globalnego. Jednak to nie tylko ameryka skie bł dy i spowolnienie zacz ły spycha Stany Zjednoczone z pozycji niekwestionowanego hegemonu, ale raczej szybki rozwój Chin, Indii, Brazylii, tzw. tygrysów wschodnioazjatyckich, i do niespodziewane odrodzenie Rosji, po dekadzie smuty i prób utrwalenia demokracji. Do tego trzeba doda jeszcze niedawny gł boki kryzys w strefie euro i nie najlepszy stan całej Unii Europejskiej, która jakby traciła dynamizm integracyjny, a narody europejskie wydaj si czu troch integracj zm czone. Wyrazem tego jest Brexit i wyrażona w referendum narodowym w Wielkiej Brytanii wola wyj cia tego kraju z Unii Europejskiej.

wiat jest nadal w fazie budowy nowego ładu i to w wielu aspektach, w tym dwóch najwazniejszych: bezpiecze stwa oraz gospodarki. Coraz cz ciej na kształt stosunków mi dzynarodowych maj wpływ komplikuj ce si stosunki mi dzynarodowe i mi dzycywilizacyjne, a przebrzmiewa w tym echo teorii Samuela Huntingtona o zderzeniach cywilizacji. Wi ciej jest w stosunkach mi dzynarodowych zmiennych ni niezmiennych, a ci g niewiadomych jakby si wydłu ał. Przypominaj one bardziej stan chaosu ni kontrolowanego ładu, przy malej cym wpływie Zachodu. Modele i formuły polityczne, gospodarcze oraz rozwojowe nie bardzo przystaj do rzeczywisto ci, bo realia zmieniaj si jak w kalejdoskopie. Demokracja i liberalna gospodarka nie jest ju modelem gwarantuj cym sukces, a despocja wcale nie musi oznacza stagnacji lub regresu gospodarczego. Coraz mniej efektywne w warunkach nowych wyzw i zagro e s struktury bezpiecze stwa mi dzynarodowego: ONZ, Sojusz Północnoatlantycki czy Organizacja Bezpiecze stwa Współpracy w Europie.

W warunkach globalizacji, w czasach nasilaj cej si walki z terroryzmem, rozszerzaj cej si *e-economy*, coraz wyra niejszej wielobiegunowo ci i rosn cych nowych mocarstw, znacznie trudniej jest dekretować role, trudniej te rozwi zywa globalne problemy i negocjowa porozumienia mi dzynarodowe. Jeszcze kilka lat temu mo na było pociesza si i powiedzie , e nie grozi nam, jak w okresie zimnej wojny, globalny konflikt nuklearny. Dzi sytuacja zmieniła si i to nie tylko dlatego, e

nadal słyha pogróki z Korei Północnej i, co prawda bardziej zawałowane, z obszaru Bliskiego oraz rodowego Wschodu, a proliferacja broni nuklearnej nie daje zapomnie o tej najgroniejszej z broni. Niestety wskazówka potencjalnego nuklearnego konfliktu znowu zbliża się w kierunku niewrażliwej godziny 12.00, tak i za spraw Rosji, która na tle aneksji Krymu i wojny hybrydowej we wschodniej Ukrainie nie waha się stosować straszaka nuklearnego, dostosowując do tego także swoją doktrynę polityczno-wojskową.

Przez kilka lat wiał brnąć za dobrą monetą wieści, które napływały z państw arabskich. Jednak zarówno Arabska Wiosna, jak i próby wprowadzenia demokracji na Bliskim (i rodowym) Wschodzie przez Stany Zjednoczone nie zakończyły się powodzeniem. Interwencje i błędna polityka amerykańska na tym obszarze - przy udziale innych państw Zachodu - przyniosła za sobą dramatyczne konsekwencje. Obudził się z letargu wiat arabski, ale skutki tego przebudzenia na niektórych obszarach są tragiczne i przerażające. Na porządku dziennym są zamachy terrorystyczne, masowe łamanie praw człowieka, brak jakiegokolwiek poszanowania dla prawa i godności ludzkiej. Chodzi przede wszystkim o twór, jakim jest (nadal mimo osłabienia) tzw. Państwo Islamskie, i skutki jego aktywności, choć jest to tylko część gigantycznego problemu, jakim jest dla świata Bliski Wschód, w tym umiędzynarodowiona wojna domowa w Syrii.

Wiat ma jednak wiele innych problemów i mimo globalizacji, a więc także uniformizacji, nie jest jednolity, a rozwój zrównoważony. Obok obszarów nędzy i chronicznego niedorozwoju tworzą się nowe enklawy bogactwa i innowacyjności, choć generalnie ogromna większość siedmiomiliardowej populacji na całym świecie żyje relatywnie coraz lepiej. Mimo to powiększa się przepaść między bogatymi i biednymi - ludźmi i państwami. Utrzymuje się ten znaczny margines biedy i niedożywienia. Sytuacja ta dotyczy głównie krajów uznawanych za słabe i upadłe, niezdolnych do stworzenia zrębów państwowości oraz podstaw efektywnej gospodarki, podatnych tym samym na rozwój patologii: bezprawia, przestępczości i rozbojów, penetrowanych przez organizacje terrorystyczne.

Wiat XXI w. jest na tyle skomplikowany, że dziś bezpieczeństwo musimy traktować bardzo szeroko. Skoro w przyjętej w listopadzie 2010 r. koncepcji strategicznej Sojuszu Północnoatlantyckiego ma zajmować się skutkami zmian klimatycznych (nie mówi o terroryzmie, zagrożeniach asymetrycznych, cyberatakach), to klasycy strategii sztuki wojennej, bezpieczeństwo i sojusze wojskowe, naprawdę muszą przewracać się w grobach. Ale takie mamy czasy i takie są jego oznaki. Należy je odczytywać w ten sposób, że współczesne bezpieczeństwo staje się nie-

podzielne i wieloaspektowe, a zagrożenia pojawia się mogą nie tylko ze strony silnych państw, ale zgoła słabych, upadających, lub nawet aktorów niepaństwowych. Zbrodnicze pomysły ataków terrorystycznych rodzą się w jakim punkcie globu, ale dotknąć mogą każdy obszar świata, dlatego walka z terroryzmem staje się wspólnym zadaniem całej ludzkości. Podłoże współczesnego terroryzmu jest zróbnicowane i wydaje się, że nie do końca rozpoznane. Fanatyzm religijny i kulturowy, polityzacja religii, reakcja na napływ komercyjnej i całkowicie zlaicyzowanej kultury masowej z Zachodu, a wreszcie tak to jest bieda, to elementy tego podłoża, zalegające głównie w świecie islamu. Do tego nierozwiązane konflikty wewnętrzne i międzynarodowe, od nowa wybuchające zadawanie spory etniczno-religijne, od lat powstrzymywane terrorem lokalnych reżimów, prowadzące do krwawych konfliktów wewnętrznych. Ich skutki wylewają się na zewnątrz, oddziałują na cały region, a niekiedy - jak w przypadku tzw. Państwa Islamskiego - o wiele szerzej.

Szczególnym niepokojem napawa sytuacja na Bliskim i środkowym Wschodzie. Skutki rywalizacji mocarstw i państw w tym regionie, powiększanych relacji etniczno-religijnych, podsycanej nienawiści plemiennej, są wieloletnie, złe i trudne do opanowania. Niosą, jak w Syrii, setki tysięcy ofiar, biedę i zniszczenia, powodują exodus milionów ludzi, sprzyjają rozwojowi terroryzmu. Problem w niewyobrażalnej skali rozlewa się w regionie i przenosi się poza jego obszar, przede wszystkim do Europy, gdzie docierają setki tysięcy ludzi, wywołując niepokoje i tworząc obraz chaosu, nad którym ani Unia Europejska, ani dotknięte tym kraje, nie są w stanie zapanować i kontrolować. Bezsilne są w tej sytuacji państwa i instytucje międzynarodowe, nie działają ani prawo międzynarodowe, ani jakiegokolwiek prawo.

To co dzieje się na Bliskim i środkowym Wschodzie, lecz tak to jest na różnych obszarach Afryki potwierdza, że zagrożeniem dla bezpieczeństwa nadal są konflikty o podłoże kulturowe i etniczne, dodatkowo potęgowane biedą, rywalizacją o rynek oraz surowce czy po prostu walką o władzę. I choć od upadku komunizmu arsenał strategiczny wielkich mocarstw ulega (a raczej ulegał) redukcji, to jednak następuje proliferacja broni nuklearnej, a o dostępie do niej starają się państwa określone jeszcze niedawno w terminologii amerykańskich neokonserwatystów jako tzw. państwa zbrojeckie. Największym jednak koszmarem, jakim może być dla polityków i specjalistów od bezpieczeństwa, jest możliwość zawładnięcia bronią nuklearną przez ugrupowania terrorystyczne. Przypadek taki, użycie broni nuklearnej przez terrorystów, miałby niewyobrażalne skutki dla bezpieczeństwa międzynarodowego. Z wielu powodów po 11 września 2001 r. terroryzm uznano w większości

krajów za największe zagrożenie dla bezpieczeństwa. Potwierdzeniem tego są strategie bezpieczeństwa narodowego wielu krajów, które sytuują terroryzm na czele list potencjalnych zagrożeń dla bezpieczeństwa.

Lata po zimnej wojnie ugruntowały przekonanie, że świata nie grozi ani konflikt globalny, ani żadna wielka wojna. Ale ostatnio staje się ono jakby słabsze. Takie regiony, jak Bliski i Daleki Wschód, z całym swym bagażem problemów, zadawnionymi sporami etniczno-religijnymi, ambicjami mocarstwowymi kilku przynajmniej państw posiadających broń nuklearną, a do tego jeszcze trwale obecny terroryzm, to potencjalna beczka prochu. W europejskim układzie geopolitycznym obawy wywołuje polityka Rosji i konflikt rosyjsko-ukraiński.

Innym coraz bardziej niestabilnym regionem jest i nadal może być Daleki Wschód, i ze względu na katastrofalną, nieodpowiedzialną politykę Korei Północnej, i ze względu na ambicje mocarstwowe państwa regionu, a także ze względu na nierozwikłane spory (również terytorialne). Mogą one w przyszłości być coraz bardziej, bo rośnie polityczne i gospodarcze znaczenie tego obszaru. Coraz częściej dochodzi tu do bulwersujących faktów zawłaszczania wód międzynarodowych przez Chiny, a także do prób zawładnięcia spornymi obszarami wysp na obszarze Morza Wschodnio- i Południowochińskiego.

Regionem niespokojnym jest nadal Afryka, na której mapie kilka przynajmniej miejsc można uznać za niespokojne i konfliktogenne. Jest to obszar Wielkich Jezior Afrykańskich i Afryki Wschodniej (Rwanda, Burundi, Sudan), Afryka Zachodnia i Subsaharyjska (Liberia, Czad), a także inne miejsca. Niespokojny, można powiedzieć od wieków, jest Kaukaz⁶, od czasu do czasu szokujący świat jakimś otwartym konfliktem, jak choćby powoli zapominany konflikt rosyjsko-gruziński.

Prawo międzynarodowe w świecie narastającego chaosu

Przedstawiony obraz świata sprzecznych procesów, nowych wyzwań i zagrożeń oraz rosnącego chaosu nie napawa optymizmem. Jest to wyraźny regres w porównaniu z ostatnią dekadą XX w., gdy rodziła się pełna nadziei nadzieja na ład postzimnowojenny. Sytuacja ta w niektórych aspektach wydaje się bardziej powikłana nawet w porównaniu z okresem zimnej wojny, a przynajmniej jej późną fazą, gdy broń nuklearną dysponowały w zasadzie tylko wielkie mocarstwa, członkowie Rady Bezpieczeństwa ONZ, a zasada wzajemnego zagwarantowanego zniszczenia (*mutual assured destruction* - MAD) wymuszała na wielkich mocarstwach

⁶ W praktyce od momentu zawładnięcia tym obszarem przez Rosję.

wzajemny respekt i odpowiedzialne zachowanie. Dziś liczba państw posiadających broń nuklearną jest znacznie większa, a jej proliferacja wydaje się jednym z trendów rozwoju stosunków międzynarodowych, które trafnie przewidywał Samuel Huntington, zresztą nie tylko w tym aspekcie, uważając, że broń atomowa stanie się bronią biednych państw, wyznających zasady, że „broń ta uchroni je przed atakiem lub interwencją wielkich mocarstw”. Czy przykład Korei Północnej nie wpisuje się w ten obraz?

Proliferacja broni nuklearnej stanowi także naruszenie układu o nierozprzestrzenianiu tej broni. W odniesieniu do broni nuklearnej pojawia się jeszcze inny problem, związany jednocześnie z sytuacją na Ukrainie. Kraj ten po rozpadzie ZSRR odziedziczył część potencjału nuklearnego dawnego komunistycznego mocarstwa. Jednak na mocy układu budapeszteńskiego z 1994 r. w zamian za gwarancje integralności terytorialnej i suwerenności ze strony trzech wielkich mocarstw – sygnatariuszy umowy, kraj ten wyrzekł się tej broni nuklearnej, która została oddana Rosji. Agresja Rosji i aneksja Krymu zapewne by się nie dokonała, gdyby Ukraina nadal dysponowała bronią nuklearną⁷. Sytuacja ta jest fatalną prognozą dla powodzenia jakichkolwiek prób wyrzeczenia się broni masowego rażenia przez państwa w przyszłości. Spadła też tym samym wartość gwarancji prawnymi międzynarodowymi wielkich mocarstw. W uzupełnieniu kwestii proliferacji można tylko dodać, że dodatkowo sens z powiek spada, może obawa, że bomba atomowa, taka czy inna, brudna czy zminiaturyzowana, wpadnie w ręce terrorystów.

Wspomniano wyżej, że KNZ jest nadal podstawowym aktem prawa międzynarodowego w zakresie bezpieczeństwa międzynarodowego, a ONZ, wraz z centralną rolą Rady Bezpieczeństwa, tworzy rąbki powszechnego systemu bezpieczeństwa międzynarodowego. Trzeba jednak zwrócić uwagę, że system ONZ to system petryfikujący stan prawno-polityczny sprzed 73 lat, a więc stan z okresu zakończenia II wojny światowej. Jak wiele się w tym czasie zmieniło, pokazali my w ogólnym zarysie wyżej. Warto jednak zauważyć, że w KNZ nadal istnieje pojęcie państwa nieprzyjacielskiego z II wojny światowej, nie ma nawet ładunku jakichkolwiek zagrożeń asymetrycznych dla bezpieczeństwa międzynarodowego, nie ma również pojęcia podmiotów czy aktorów niepaństwowych. Do tego skład stałych członków Rady Bezpieczeństwa nie oddaje współczesnych realiów politycznych, bo w międzyczasie powstały nowe mocarstwa, a niektóre dotychczasowe tracą swoją pozycję. Społeczność międzynarodowa, mimo prób, nie jest w stanie dokonać modyfikacji tej najwłaśnie-

⁷ Co zresztą podkreślali sami Ukraińcy w gorącym okresie konfliktu rosyjsko-ukraińskiego.

szej umowy międzynarodowej i najważniejszej instytucji, jaką jest ONZ, tak by uczyni ją efektywniejszą i bardziej dostosowaną do współczesnych wyzwań i zagrożeń. I jeszcze jedna refleksja. 72 lata temu Europa, Japonia i znaczna część świata była doszczętnie zniszczona, a na dużych obszarach kwitł kolonializm. Nastroje wrogości i odwetu między narodami były nieporównywalnie większe niż dziś. Mimo to zwyciężone narody się porozumiały, tworząc strukturę świata cywilizowanego, tak jak to określał art. 38 statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, odwołując się do zasad prawnych powszechnie uznanych przez narody cywilizowane. Czy dziś, w dobie braku dialogu, sankcji, zderzenia cywilizacji i niesłuchanego okrucieństwa ze strony tzw. Państwa Islamskiego oraz innych struktur terroryzmu i przemocy, epatujących scenami okrutnych egzekucji, byłoby to możliwe? Czy w ogóle możliwe byłoby podpisanie przez wszystkie kraje świata umowy prawnymi międzynarodowej takiej jak KNZ i stworzenie nowej globalnej organizacji?

Niestety pierwsze 17 lat XXI w. to raczej pogorszenie się współpracy międzynarodowej i warunków stanowienia, przestrzegania oraz egzekwowania prawa międzynarodowego. Nie dotyczy to wszystkich sfer uregulowań międzynarodowych, gdyś również takie, które zawołały nowymi porozumieniami, np. w zakresie niektórych sfer i obszarów obrotu gospodarczego, ochrony środowiska czy przeciwdziałania zmianom klimatycznym⁸. Generalnie jednak cech ostatnich lat jest brak znaczących postępów w zakresie rozwoju prawa przeciwojennego. Oznacza to brak nowych porozumień w zakresie rozbrojenia i bezpieczeństwa międzynarodowego oraz erozja wcześniejszych zawartych umów, w tym ważnych reżimów i układów rozbrojeniowych⁹. Dotyczy to

⁸ Takim uregulowaniem jest podpisane w 2016 r. w Auckland porozumienie o wolnym handlu - Partnerstwo transpacyficzne (Trans-Pacific Partnership - TPP), które sygnatariuszami są państwa Azji i Pacyfiku, w tym Chiny, Japonia i Stany Zjednoczone (wytworzą one razem 40% PKB świata); zob. S. Kozłowski, *Partnerstwo transpacyficzne. Porozumienie nowej generacji*, 25.02.2016, dostęp na: www.csm.org.pl [stan na: 15.09.2017]. W tym akcie jest również porozumienie klimatyczne, jakie przyjęto 14 grudnia 2015 r. w Paryżu na Konferencji Stron Ramowej Konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu, zob. *Porozumienie klimatyczne - najważniejsze informacje*, dostęp na: www.mos.gov.pl [stan na: 15.09.2017].

⁹ Gwoli naukowej ciekawości wspomnieć należy, że ONZ przyjęła 7 lipca 2017 r. Traktat o zakazie broni nuklearnej. Za Traktatem w Zgromadzeniu Ogólnym ONZ głosowały 122 państwa, jedno się wstrzymało (Singapur), a jedno było przeciwko (Holandia). Trudno jednak wiążać z tym traktatem jakiegokolwiek nadzieję, gdy nie przyjęło go żadne z wielkich mocarstw - stałych członków Rady Bezpieczeństwa, ponadto nie został on z kolei podpisany przez jakiegokolwiek państwo posiadające broń nuklearną.

przede wszystkim Układu o nierozprzestrzaniu broni jądrowej (Nuclear Non-Proliferation Treaty - NPT), Traktatu o konwencjonalnych siłach zbrojnych w Europie (Treaty on Conventional Armed Forces in Europe - CFE)¹⁰ oraz porozumienia o ograniczeniu systemów raketowych średniego i krótszego zasięgu (Treaty on Intermediate-range Nuclear Forces - INF). Od lat na ratyfikację czekają traktaty: Traktat o całkowitym zakazie prób jądrowych (Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty - CTBT) oraz Traktat o zakazie produkcji materiałów rozszczepianych (Fissile Material Cut-off Treaty - FMCT). Najwięcej niepokoju budzi zahamowanie rozmów i porozumień dotyczących strategicznej broni nuklearnej. Wprowadziła Rosja i Stany Zjednoczone zawarły w 2010 r. nowy układ o ograniczeniu zbroje strategicznych (New Strategic Arms Reduction Treaty - New START), zastępujący wygasające porozumienie z 1991 r., ale nadal nie jest ono ratyfikowane przez Rosję, która dodatkowo nie jest zainteresowana negocjacjami w sprawie dużego arsenału broni taktycznej.

Za sprawami międzynarodowymi polityki międzynarodowej erozji ulega reżim stosowania siły w prawie międzynarodowym i stosunkach międzynarodowych. Zgodnie z KNP Rada Bezpieczeństwa jest jedyną globalną instytucją mającą prawo decydować o użyciu siły militarnej w stosunkach międzynarodowych i określa legalność użycia siły. Państwa mogą używać siły jedynie w celach samoobrony, dla ochrony suwerenności terytorialnej oraz niepodległości, i to do momentu zajęcia się sprawą przez Radę Bezpieczeństwa, która zadecyduje, jakie środki należy zastosować dla przywrócenia pokoju. W praktyce jednak decyzje Rady Bezpieczeństwa są często ignorowane. Najbardziej charakterystyczne przykłady to rezolucje dotyczące Iraku, uchwalone po operacji „Pustynna burza”. Brak reakcji na jawne naruszanie prawa przez Saddama Husajna, tolerowanie obchodzenia sankcji ONZ i afery korupcyjne na tle programu „Ropa za żywność”, młoda reakcja na wydalenie z Iraku inspektorów ONZ, niewyegzekwowanie 17 nierealizowanych przez Irak rezolucji Rady Bezpieczeństwa - to obraz słabości wspólnoty międzynarodowej i ONZ jako jej emanacji¹¹. Do tego wstydliwe fakty z niedawnej przeszłości, takie jak całkowita kompromitacja ONZ przez dopuszczenie Libii do przewoźnic-

¹⁰ Z układu CFE wycofała się Rosja, co potwierdza ogólny trend braku zainteresowania państw rozbrojeniem konwencjonalnym. Tendencje są całkowicie odwrotne. W świecie narasta wyścig zbroje konwencjonalnych.

¹¹ Właśnie nieszanowanie rezolucji Rady Bezpieczeństwa przez Irak, niezależnie od motywacji polityczno-wojskowych, stało się prawnym uzasadnieniem interwencji Stanów Zjednoczonych i państw zachodnich (w tym Polski) w Iraku w 2003 r.

stwa Komisji ds. Praw Człowieka ONZ czy członkostwo Arabii Saudyjskiej w nowej Radzie ds. Praw Człowieka ONZ, a nawet przewodnictwo tego kraju w Komisji ds. Kobiet w ramach Rady Bezpieczeństwa¹². Kolejnym, jeszcze groźniejszym wyzwaniem dla całego globu, jest nierespektowanie rezolucji Rady Bezpieczeństwa przez Koreę Północną, która w związku z uchwalaniem kolejnych rezolucji, grozi użyciem broni nuklearnej wobec niektórych sygnatariuszy rezolucji.

Nowe zagrożenia i nowe formy wojen i konfliktów zmuszają do niekonwencjonalnych zachowań, poszukiwania nowych doktryn i konieczności reinterpretacji prawa międzynarodowego. Przykłady niesie sama rzeczywistość międzynarodowa. W obliczu ataków 11 września 2001 r. Rada Bezpieczeństwa musiała w trybie pilnym rozstrzygnąć tak istotne dla dalszych działań kwestie, jak to, czy akt terrorystyczny stanowi zagrożenie dla pokoju i bezpieczeństwa międzynarodowego i czy w związku z tym podjąć przeciwko terrorystom (oraz wobec Afganistanu) akcję ze strony Stanów Zjednoczonych i państw sojuszniczych między innymi w prawie do samoobrony zgodnie z art. 51 KNZ. Przed podobnym dylematem stanął Sojusz Północnoatlantycki, który wobec wniosku Stanów Zjednoczonych o uruchomienie art. 5 Traktatu waszyngtonskiego musiało zinterpretować traktat i rozstrzygnąć, czy atak z 11 września 2001 r. odpowiada warunkom określonym w traktacie, a więc czy można go uznać za napad z zewnątrz oraz czy użycie środków cywilnych (samolotów jako swoistych bomb), a nie środków wojskowych, uzasadnia uruchomienie *casus foederis* traktatu północnoatlantyckiego.

Pokłosiem zamachów z 11 września 2001 r., a także późniejszych wydarzeń związanych z konfliktem rosyjsko-ukraińskim, jest kwestia interpretacji w prawie międzynarodowym pojęcia wojny. Czy termin, którego użył George W. Bush, „wojna z terroryzmem” jest prawidłowy i między innymi w tradycyjnym pojęciu wojny jako zbrojnego konfliktu państw¹³. Po co - ci dotyczy to także pojęcia „wojna hybrydowa”. Oburzenie prawników sprzeciwiających się tego typu neologizmom prawnym zdaje się jednak łagodzone większym pragmatyzmem instytucji międzynarodowych,

¹² W ramach istniejących do 2006 r. Komisji ds. Praw Człowieka ONZ zgłoszono nawet kandydaturę Muamara Kaddafiego do nagrody ONZ za przestrzeganie praw człowieka w Libii, zob. Dennis South, 22.06.2011, mathaba.net [stan na: 15.09.2017].

¹³ W Stanach Zjednoczonych, a także w innych państwach, ukazało się dużo o publikacji kwestionujących użycie tego terminu; zob. H. Duffy, *The „War on Terror” and Framework of International Law*, „International Studies Review” 2005; R. Goodman, D. Jinks, *International Law, U.S. War Powers and the Global War on Terrorism*, „Harvard Law Review” 2005, Vol. 118, s. 2653-2659.

uznających, a nowe realia polityczno-wojskowe, technologiczne (dotyczy to także np. cyberwojny) i zagrożenia asymetryczne muszą dopuszczać wykładni rozszerzając prawa międzynarodowe.

Nie ulega w wątpliwości, że interpretacja faktów i odnoszenia do nich prawa międzynarodowego ulega polityzacji. Nie jest to zresztą nic nowego w polityce międzynarodowej, bo tego typu podejście państwa istniało od zawsze, choć z pewnością okresy konfrontacji i współzawodnictwa polityczno-militarnego oraz ideologicznego wyraźnie sprzyjały takim operacjom. Obfitował w nie szczególnie okres zimnej wojny, lecz także współcześnie nie brak takich sytuacji. Dotyczy to na przykład przypadku Kosowa, gdzie co prawda sytuacja obiektywnie zmuszała społeczność międzynarodową do działania z powodu tragicznych skutków czystek etnicznych i masowych morderstw, to jednak podjęte radykalne kroki – oderwanie Kosowa od Serbii i szybkie uznanie międzynarodowe (przede wszystkim przez państwa zachodnie), wywołało duży opór w społeczności międzynarodowej. Otwarcie niezadowolona była Rosja, która powoływała się na przykład Kosowa wielokrotnie, sprzyjając oderwaniu się tzw. zbuntowanych republik (Osetii Południowej i Abchazji) od Gruzji, a także używając argumentacji prawno-politycznej uzasadniającej przyłączenie Krymu do Federacji Rosyjskiej¹⁴.

Kolejnym wyzwaniem dla ONZ, prawnym i politycznym, jest koncepcja interwencji humanitarnej. Problem ten pojawia się wtedy, gdy na terytorium jakiegoś państwa dochodzi do masowych naruszeń praw człowieka, w tym masowych morderstw i aktów ludobójstwa, a ONZ – sparaliżowana zasadą jednomyślności wielu mocarstw w Radzie Bezpieczeństwa – nie jest w stanie podjąć decyzji o interwencji. Według zwolenników tej koncepcji, a jest ich niemało, społeczność międzynarodowa (lub jakaś jej część) miałaby uzyskiwać w takich przypadkach moralne prawo i upoważnienie, a nawet obowiązek interweniowania w wewnętrzne sprawy tego państwa. Wbrew zasadzie suwerenności, by uchronić ludność przed wspomnianymi aktami. To właśnie na tej zasadzie Stany Zjednoczone i Sojusz Północnoatlantycki podjęły decyzję o interwencji w Kosowie w 1999 r. W uniwersalizacji tej zasady niektórzy politolodzy, w tym także autorytety jak Henry Kissinger (wyowiada się na ten temat na łamach książki *Does America Need a Foreign Policy*¹⁵) widzą zmierzch porządku westfalskiego, kojarzonego z wpro-

¹⁴ Pisałem na ten temat, szerzej porównując sytuację wokół Kosowa oraz spraw aneksji Krymu, w opracowaniu *Naukowe podstawy projektowania polityki bezpieczeństwa państwa*, Warszawa 2015, s. 52-57.

¹⁵ H. Kissinger, *Does America Need a Foreign Policy. Towards a Diplomacy for 21st. Century*, New York 2001.

wadzeniem dwóch elastycznych zasad prawa międzynarodowego: zasady suwerenności i nieinterwencji. Podstawowych zasad ONZ - dodajmy.

Z wielu więc względów interwencja humanitarna jest problemem kontrowersyjnym, a jednocześnie narastającym, ze względu na wzmożoną ochronę praw człowieka w stosunkach międzynarodowych i pojawiające się nadal przypadki ich naruszenia tych praw, niejednokrotnie wiążące się z masowymi morderstwami oraz aktami ludobójstwa. Mobilizuje to społeczność międzynarodową do działania i do uznania interwencji humanitarnej za uprawnioną w konkretnych okolicznościach.

Z przesłanek tych wyszła ta Komisja NZ, pracująca nad reformą organizacji. Na zwołanym w tych sprawach 20 września 2005 r. szczycie szefów państw i rządów przyjęto, w *Dokumencie końcowym*, w art. 139, że

społeczność międzynarodowa, poprzez Narody Zjednoczone, jest [...] zobowiązana do użycia wszelkich środków pokojowych, w zgodzie z postanowieniami Rozdziału VI i VII Karty NZ, w celu pomocy w ochronie ludności przed ludobójstwem, zbrodniami wojennymi, czystkami etnicznymi. [...] W tym kontekście wyrażamy się gotowość do podjęcia, gdy środki pokojowe okażą się niewystarczające, akcji zbiorowej, przeprowadzonej w odpowiednim czasie i w sposób zdecydowany, w ramach Rady Bezpieczeństwa i w zgodzie z postanowieniami Karty NZ¹⁶.

Deklaracja ta dotyczy jednak przypadków, w których interwencja jest poprzedzona decyzją Rady Bezpieczeństwa, do czego potrzebna jest zgoda stałych członków Rady (lub przynajmniej brak weta). Problemem nadal pozostaje interwencja bez zgody Rady Bezpieczeństwa w wymienionych sytuacjach.

Niepokoje spraw, zwłaszcza dla zawartego w KNZ prawomocnego międzynarodowego reżimu użycia siły w stosunkach międzynarodowych, była tzw. doktryna uderzenia wyprzedzającego, zwana także doktryną Busha (w niektórych wersjach nazywana także doktryną wojny prewencyjnej lub wyprzedzającej). Miałyby ona dawać Stanom Zjednoczonym prawo do wykonania uderzenia wyprzedzającego, gdyby, według ocen Waszyngtonu, miało to uniemożliwić atak na terytorium amerykańskie¹⁷. Nie negując celowości, a nawet konieczności takiego podejścia w zakresie zwalczania zagrożenia asymetrycznych przez supermocarstwo, wśród wielu ocen i opinii także w Stanach Zjednoczonych podkreśla się jej sprzeczność z duchem i literą KNZ, jak również z tzw. zasadami norymberskimi oraz Kartą Trybunału Tokijskiego.

¹⁶ *Dokument końcowy szczytu 2005*, ONZ, 20.09.2005, dostępna na: www.un.org.pl [stan na: 15.09.2017].

¹⁷ Zob. A.C. Arend, *International Law and the Preemptive Use of Military Force*, „The Washington Quarterly” Spring 2003, s. 89-102.

Nie sposób pominąć faktu, że wśród argumentów, którymi Japonia usprawiedliwiała atak na Pearl Harbor, znalazły się i te odwołujące się do konieczności wykonania ataku prewencyjnego na Stany Zjednoczone, gdy z danych wywiadu wynikało, że Ameryka rychło przystąpi do wojny po stronie aliantów zachodnich.

*

Prawo międzynarodowe jest nadal zespołem norm stanowionych przez państwa i regulujących stosunki między państwami. Choć nie jednak w stosunkach międzynarodowych rolę podmiotów niepaństwowych, i to nie tylko w stosunkach gospodarczych, lecz także w zakresie bezpieczeństwa międzynarodowego, nawet jeżeli jest to rola destrukcyjna, o czym wiat przekonał się w dramatyczny sposób 11 września 2001 r. Państwa kierując się odwiecznymi interesami politycznymi i gospodarczymi, ale w dobie globalizacji, współzależności i instytucjonalizacji współpracy międzynarodowej nadal muszą zwracać uwagę na normy prawne regulujące stosunki międzynarodowe, czyli na prawo międzynarodowe. Niestety w ostatnich kilkunastu latach, a w praktyce od początków XXI w., zaobserwować można na niepokojące tendencje mniejszego poszanowania prawa międzynarodowego, zwłaszcza w sprawach polityki międzynarodowej.

Rozwija się natomiast nie tyle prawo międzynarodowe, ile prawo regulujące (lub deregulujące) obrót gospodarczy i finansowy, promujące międzynarodowe przepływy środków produkcji, a głównie kapitału. Społeczność międzynarodowa nie wykazuje zbyt gorliwej postawy w rozwoju najważniejszych dziedzin prawa międzynarodowego, a więc prawa przeciwojennego, ograniczenia i kontroli zbrojeń, zwłaszcza w zakresie proliferacji broni masowej zagłady. Zaobserwować można na niepokojące tendencje do osłabiania kluczowych dla pokoju i bezpieczeństwa zasad i reguł międzynarodowych, związanych z KNZ, w tym zasad stosowania siły, pokojowego rozstrzygania sporów, wykonywania rezolucji ONZ i uzgodnień międzynarodowych. Wyrazem tego jest słabnięcie ONZ i kompletna niezdolność społeczności międzynarodowej do reformy tej nadal najważniejszej organizacji międzynarodowej. Upolitycznieniu ulegają niektóre zasady i instytucje związane z prawem międzynarodowym, jak choćby uznanie prawa międzynarodowego.

Pozytywnym cechem jest dalsza waloryzacja i ochrona praw człowieka w prawie i stosunkach międzynarodowych, słabości zaś za nieskuteczność instytucji powołanych do tej ochrony. Utrwała się pojęcie i znaczenie interwencji humanitarnej, ale nie pozostaje ona wolna od polityki międzynarodowej, czego dowodem jest chociażby potwierdzenie

był brak zaangażowania społeczności międzynarodowej w ratowanie i ochronę lokalnych grup etnicznych w latach 1993-1994 w regionie Wielkich Jezior Afrykańskich.

Zaobserwować można także trudności z przystosowaniem prawa międzynarodowego do nowych zagrożeń, rozwoju przestępczości zorganizowanej, terroryzmu, a zwłaszcza nowej generacji przestępstw w cyberprzestrzeni. Wyrazem tego, a także wyrazem braku dobrej woli w zakresie zwalczania nowych zagrożeń w tym obszarze, jest również brak środków i instytucji kontroli międzynarodowej.

Irena Czaja-Hliniak

Sankcje w prawie finansowym (wybrane zagadnienia)

Wprowadzenie

Problematyka sankcji w prawie finansowym jest niezwykle złożona. Łączy się ona oczywiście z szeroko rozumianą odpowiedzialnością. Jest również skutkiem negatywnych wyników przeprowadzanych różnorodnych kontroli. W przypadku naruszeń przepisów prawa stosowane mogą być sankcje tak w odniesieniu do jednostek organizacyjnych, jak i osób sprawujących odpowiednie funkcje, czy będących pracownikami, winnych naruszenia przepisów. Czyli mogą mieć charakter podmiotowy lub przedmiotowy. Sankcje spełniają także odpowiednie funkcje. Podstawową jest poniesienie odpowiedniej kary. Nie można jednak pominąć również istotnego znaczenia sankcji w postaci ewentualnego przywrócenia do poprawnego stanu faktycznego lub prawnego, a także oddziaływania o charakterze prewencyjnym.

Sankcje są nierozdzielnie połączone z odpowiedzialnością. Wy różni ona szerokie spektrum odpowiedzialności, jak np. odpowiedzialność organów wobec innych organów, odpowiedzialność organów wobec jednostek organizacyjnych, odpowiedzialność tych organów, jak i jednostek wobec osób fizycznych, czy wreszcie odpowiedzialność osób fizycznych jako członków organów, pracowników oraz odpowiedzialność osób fizycznych wobec Skarbu Państwa. Odpowiedzialność winna powodować wyeliminowanie naruszeń prawa, usunięcie skutków naruszeń, przywrócenie stanu przestrzegania prawa, a w przypadku spowodowania szkód, ich zrekompensowanie. W związku z tym w literaturze podkreśla się trójfunkcyjność odpowiedzialności, tj. represyjną, kompensacyjną i prewencyjną¹.

¹ Zob. C. Kosikowski, *Odpowiedzialność w prawie finansowym*, [w:] *Finanse publiczne i prawo finansowe*, red. C. Kosikowski, E. Rukowski, Warszawa 2008, s. 76.

Cech charakterystyczny prawa finansowego jest to, że bezpodległa regulacja sankcji ma ograniczony zakres. Poszczególne stany faktyczne podlegają sankcjom znajdującym się w innych działach prawa, głównie karnoskarbowego, karnego czy ewentualnie administracyjnego, co, nawiasem mówiąc, stanowi przejaw związków prawa finansowego z innymi gałęziami prawa. Specyficzny, niezwykle wąska regulacja stanowi przepisy prawa karnego skarbowego. Przestępstwa i wykroczenia skarbowe nie mają jednak samodzielnego bytu i stanowi konsekwencję naruszenia ustaw z zakresu prawa finansowego². Stąd w literaturze można spotkać pogląd, iż przepisy te w zakresie dotyczącym przestępstw i wykroczeń podatkowych, celnych oraz dewizowych mogą być uznawane za część prawa finansowego³.

Sankcje najczęściej przybierają postać finansową, mogą występować także w postaci pozafinansowej, np. w formie kary pozbawienia wolności, stosowanej oczywiście wyłącznie do osób. Inne postacie kar pozafinansowych mogą być stosowane również do jednostek organizacyjnych, np. w postaci wprowadzenia określonych limitów, parametrów, blokowania wydatków itp. Stosunkowo często występują finansowe sankcje, np. kary pieniężne czy grzywny. Mogą one jednak przybierać rozmaite postacie, często zakamuflowane, np. jako dodatkowe opłaty czy opłaty występujące jedynie w konsekwencji zaistnienia negatywnego stanu faktycznego, np. określonych opłat związanych ze stanem rodzowiska, nieruchomości, wód itp.

Należy wspomnieć o dwóch specyficznych w prawie finansowym rodzajach sankcji. Pierwsze to sankcje podatkowe, a drugie to sankcje za nieprzestrzeganie dyscypliny finansów publicznych (budżetowej). Sankcje podatkowe w wąskim rozumieniu występują np. w podatku od towarów i usług w postaci tzw. dodatkowego zobowiązania podatkowego. Sankcje podatkowe w szerokim rozumieniu uregulowane są w kodeksie karnym skarbowym. Występują również w ordynacji podatkowej. Sankcje z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych przybierają postać tak finansową, jak i pozafinansową, znajdują wyraz, wraz z uregulowaniem odpowiedzialności, w odrębnej ustawie.

² Zob. W. Wójtowicz, *Ogólne założenia odpowiedzialności za przestępstwa i wykroczenia skarbowe*, [w:] *Zarys finansów publicznych i prawa finansowego*, red. W. Wójtowicz, Warszawa 2014, rozdz. 13, § 3, s. 415.

³ Por. H. Dzwonkowski, *Związki prawa finansowego z innymi gałęziami prawa*, [w:] *Prawo finansowe*, red. H. Dzwonkowski, J. Gliniecka, Warszawa 2013, rozdz. 1 § 9, s. 23.

Różnorodne sankcje występują w regulacjach dotyczących poszczególnych działów prawa finansowego, jak np. w ustawie o finansach publicznych, prawie bankowym, ustawie o administracji skarbowej, prawie dewizowym itd. W zasadzie w każdym z tych ustaw występują, choćby w minimalnym zakresie, jakiego rodzaju sankcje.

Dla zobrazowania skali zagadnienia warto bliżej wskazać na sankcje występujące w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych oraz przepisów prawa bankowego.

Sankcje z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych

Wśród ogólnych zasad prawa finansowego w zakresie jego stosowania w literaturze wyróżnia się zasady dyscypliny finansów publicznych polegające na konieczności przestrzegania przez wszystkie władze publiczne reguł prawnych ustalania, poboru i egzekucji należności stanowiących rodki publiczne oraz gospodarowania nimi przez wszystkie jednostki sektora finansów publicznych, a także inne podmioty, które korzystają z publicznych zasobów finansowych. Konsekwencją braku zachowania dyscypliny finansowej jest system sankcji prawnych za jej naruszenie⁴. Sankcje uregulowane są ustawą z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych⁵.

W zakresie odpowiedzialności z tytułu naruszenia tej dyscypliny, dawniej zwanej dyscypliną budżetową⁶, istnieją różne koncepcje doktrynalne, jak np. odpowiedzialność jednostek organizacyjnych czy osób wchodzących w skład organów lub podejmujących decyzje. Występuje szeroki zakres przesłanek odpowiedzialności, odrębny system kar i odrębne zasady proceduralne.

Ustawa o dyscyplinie obejmuje zakresem podmiotowym wyłącznie osoby fizyczne. Nie przewiduje odpowiedzialności i sankcji w odnie-

⁴ J. Małecki, *Formy prawne stosowania prawa finansowego*, [w:] *System prawa finansowego*, t. 1, *Teoria i nauka prawa finansowego*, red. C. Kosikowski, Warszawa 2010, rozdz. 8, s. 338.

⁵ Tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r., poz. 1311; zwana dalej ustawą o dyscyplinie.

⁶ Poprzednio zagadnienia odpowiedzialności regulowane były ustawami dotyczącymi prawa budżetowego, po raz ostatni ustawą z dnia 5 stycznia 1991 r. - Prawo budżetowe, rozdz. 8 - Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny budżetowej (tekst jedn.: Dz.U. z 1993 r. Nr 72, poz. 344 ze zm.); rozszerzenie zakresu nastąpiło w ustawie z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych, dział V (tekst jedn.: Dz.U. z 2003 r. Nr 15, poz. 148 ze zm.), po czym nastąpiło wyodrębnienie regulacji w osobnej ustawie z 2004 r.

sieniu do jednostek organizacyjnych. Takie sankcje występują jednak w ustawie z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych⁷ w zakresie procesów związanych z gromadzeniem środków publicznych oraz ich rozdysponowaniem⁸. Sankcje te sprowadzają się w szczególności do utrudnień w zakresie dokonywania wydatków⁹ i znajdują aktualnie wyraz w instytucji ograniczenia uruchamiania środków, czyli wstrzymania przekazywania środków na realizację zadań finansowanych z budżetu oraz instytucji blokowania planowanych wydatków budżet państwa. Blokowanie oznacza okresowy lub obowiązuje do końca roku zakaz dysponowania całości lub części planowanych wydatków. Obie instytucje, z ustawowymi ograniczeniami, mogą być zastosowane w przypadku zagrożenia realizacji ustawy budżetowej¹⁰. Ponadto blokowanie może być zastosowane w przypadku stwierdzenia niegospodarności w określonych jednostkach, opóźnienia w realizacji zadań, nadmiaru posiadanych środków czy w przypadku naruszenia zasad gospodarki finansowej określonych ustaw¹¹. Blokowanie ma wprowadzić charakter fakultatywny, ale niewątpliwie stanowi swoistego rodzaju sankcję zastosowaną w odniesieniu do jednostki, w której miały miejsce ustawowo określone negatywne przejawy gospodarowania środkami publicznymi. Sankcja ta oddziałuje szeroko: nie tylko bezpośrednio na jednostkę, ale i na podmioty powiązane z jednostką oraz osoby w niej zatrudnione.

Sankcja, ale już tylko, blokowania planowanych wydatków budżetowych może być również stosowana wobec jednostek organizacyjnych rozliczających się z budżetami jednostek samorządu terytorialnego¹².

Ustawa o dyscyplinie, podobnie jak poprzednio obowiązujące regulacje prawne, nie definiuje pojęcia dyscypliny finansów publicznych¹³, określając jedynie zakres podmiotowy i przedmiotowy odpowiedzialności za jej naruszenie. Nawiązuje również¹⁴ do rozumienia wielu pojęć, w tym finansów publicznych, w znaczeniu przyjętym w ustawie o finansach publicznych. Na podkreślenie zasługuje wyłączenie stosowania

⁷ Tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 1870 ze zm.; zwana dalej ustawą o finansach publicznych.

⁸ Art. 3.

⁹ K. Ostrowski, *Prawo finansowe. Zarys ogólny*, Warszawa 1970, s. 264.

¹⁰ Art. 179 ustawy o finansach publicznych.

¹¹ Art. 177.

¹² Art. 260.

¹³ O pojęciu dyscypliny por. bliżej: C. Kosikowski, *Istota dyscypliny finansów publicznych*, [w:] *Finanse publiczne i prawo finansowe...*, op. cit., s. 818 i nast.

¹⁴ Art. 2 ustawy o dyscyplinie.

przepisów ustawy o dyscyplinie w odniesieniu do należności z tytułu podatków i opłat oraz należności celnych¹⁵.

Ustawa o dyscyplinie obejmuje odpowiedzialności wyłącznie cię określone kategorie osób fizycznych. Takie ujęcie można uznać za zbyt wąskie. Odpowiedzialność winna dotyczyć również, a może nawet przede wszystkim, jednostek organizacyjnych, choć bezsporne pozostaje, iż naruszenie spowodowane jest zawsze przez osobę działającą jako organ bądź w imieniu organu. Odpowiedzialność ta winna zostać połączona z odpowiedzialnością odszkodowawczą za straty powstałe w wyniku wadliwego działania organu (jednostki). Odpowiedzialność winna obejmować jednostki sektora finansów publicznych¹⁶ w rozumieniu ustawy o finansach publicznych¹⁷, a wówczas dotyczyłaby szerokiego zakresu organów publicznych, a także winna obejmować wszelkie inne podmioty wykorzystujące środki publiczne. Również sankcje z tytułu naruszenia dyscypliny winny dotyczyć jednostek sektora finansów publicznych oraz podmiotów wykorzystujących środki publiczne oraz odrębnie osób, którym w tych jednostkach powierzono określone obowiązki¹⁸.

Wówczas sankcje wobec jednostek sektora finansów publicznych zawarte w ustawie o finansach publicznych, w postaci wstrzymania przekazywania jednostce środków czy blokowania wydatków, znalazłyby się bezpośrednio w ustawie regulującej odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny. Na wzór instytucji blokowania można by stworzyć katalog naruszeń dyscypliny finansów publicznych przez jednostki sektora finansów publicznych oraz jednostki dysponujące przekazanymi środkami publicznymi. Takie sankcje można by rozszerzyć. Formą sankcji może również stanowić np. konieczność uzyskiwania zgody odpowiedniego organu na dokonywanie określonych wydatków lub w określonej wysokości.

Jak wspomniano, ustawa o dyscyplinie obejmuje zakresem podmiotowym odpowiedzialności, a zarazem stosowania sankcji, wyłącznie osoby fizyczne w kilku kategoriach: osoby wchodzące w skład organu wykonującego budżet lub plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych albo jednostki niezaliczanej do tego sektora otrzymującej środki publiczne lub organu zarządzającego mieniem tych jednostek; kierowników jednostek sektora finansów publicznych; pracowników tych jednostek, którym powierzono określone obowiązki; oraz osoby

¹⁵ Art. 3.

¹⁶ Taki pogląd reprezentuje w szczególności: C. Kosikowski, *Odpowiedzialność za naruszenie reżimu prawnego finansów publicznych*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 12, s. 5.

¹⁷ Art. 4

¹⁸ C. Kosikowski, *Odpowiedzialność za naruszenie reżimu...*, *op. cit.*

gospodaruj ce rodkami publicznymi przekazanymi jednostkom niezaliczanym do sektora finansów publicznych¹⁹. Naley jednak podkre li , i wszystkie wymienione osoby działaj w imieniu i na rzecz okre lonych organów b d jednostek organizacyjnych.

Ustawa o dyscyplinie zawiera bardzo szeroki katalog czynów, enumeratywnie wymienionych, stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych²⁰. Czyny rozumiane s jako działanie b d zaniechanie osób, którym mo na przypisa win . Równie wydanie polecenia wykonania czynu naruszaj cego dyscyplin powoduje odpowiedzialno ²¹. W okre lonych przypadkach czyn nie jest uznany za naruszenie dyscypliny b d nie dochodzi si odpowiedzialno ci²².

Kary wymierzone s w post powaniu o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Ju samo to post powanie zasługuje na podkre lenie, poniewa stanowi nieliczny przypadek odr bnych post powa regulowanych normami prawa finansowego, wraz z odr bn dwuinstancyjn struktur organów orzekaj cych i oskar ycielskich²³.

Stosowany jest tradycyjny system kar. S nimi: upomnienie, nagana oraz kara pieni na. W pó niejszym okresie uzupełnione zostały o kar zakazu pełnienia funkcji zwi zanych z dysponowaniem rodkami publicznymi²⁴. Dodatkow konsekwencji , niekiedy istotniejsz , ukarania kar nagany lub kar pieni n jest wywołanie, okre lonych w odr bnych przepisach, skutków wynikaj cych z ujemnej lub negatywnej oceny kwalifikacyjnej²⁵.

Obowi zuje zasada uznania organu orzekaj cego co do rodzaju kary. Organ winien kierowa si stopniem szkodliwoci naruszenia dyscypliny dla finansów publicznych, stopniem winy, a tak e celem kary w zakresie społecznego oddziaływania oraz celami zapobiegawczymi. Organ

¹⁹ Art. 4.

²⁰ Art. 5-18c.

²¹ Art. 19 i 21.

²² Art. 26-28.

²³ Wspólna komisja orzekaj ca, trzy mi dzyresortowe komisje orzekaj ce przy ministrach: wla ciwym ds. finansów publicznych, wla ciwym ds. administracji publicznej oraz Ministrze Sprawiedliwo ci, komisja orzekaj ca przy Szeffie Kancelarii Prezesa Rady Ministrów oraz regionalne komisje orzekaj ce przy regionalnych izbach obrachunkowych - w pierwszej instancji oraz Główna Komisja Orzekaj ca - w drugiej instancji (art. 42 i 46). Odpowiednio organami wla ciwymi do wypełniania funkcji oskar yciela s : rzecznicy dyscypliny finansów publicznych i ich zast pcy (art. 57) oraz Główny Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych (art. 58).

²⁴ Art. 31.

²⁵ Art. 32.

winien również uwzględnić m.in. takie przesłanki jak motyw i sposób działania, okoliczności działania lub zaniechania, warunki osobiste osoby odpowiedzialnej za naruszenie dyscypliny, jej doświadczenie zawodowe czy wywiązywanie się z obowiązków służbowych²⁶.

Z drugiej strony organ posiada uprawnienie wymierzania kary łagodniejszego rodzaju, a nawet odstąpienia od jej wymierzania, w przypadkach zasługujących na szczególne uwzględnienie z uwagi na rodzaj i okoliczności naruszenia dyscypliny lub właściwość i warunki osobiste sprawcy. Czyli organ może uwzględnić okoliczności łagodzące, których przykładowy katalog zawarto w ustawie. Ustawa określa także przypadki, w których nie stosuje się odstąpienia od wymierzenia kary, a więc wobec sprawcy naruszenia dyscypliny popełnionego w czasie, gdy nie uległo zatarciu wcześniejsze prawomocnie orzeczone ukaranie za inne naruszenie dyscypliny, a także gdy stopień szkodliwości naruszenia jest rażąco²⁷.

Pomimo w zasadzie swobody orzekania ustawa o dyscyplinie wprowadza wiele ograniczeń oraz zaleceń, tak co do kształtu określonych kar, jak i co do ich stosowania. Określona została górna i dolna granica wysokości kary pieniężnej. Wynosi ona od 0,25 do trzykrotności miesięcznego wynagrodzenia osoby odpowiedzialnej za naruszenie dyscypliny, obliczonego jak wynagrodzenie za czas urlopu wypoczynkowego w roku naruszenia, a w przypadku braku możliwości ustalenia wysokości wynagrodzenia - w wysokości od 0,25 do pięciokrotności przeciętnego wynagrodzenia. Z kolei w przypadku kary zakazu pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi określony został minimalny i maksymalny okres jej orzeczenia, który wynosi od roku do 5 lat²⁸.

Kar upomnienia może na wymierzyć w szczególności w przypadku, gdy stopień szkodliwości naruszenia dyscypliny nie jest znaczny²⁹. Karę pieniężną albo nagany może na wymierzyć w przypadku naruszenia dyscypliny, którego stopień szkodliwości dla finansów jest znaczny. Jednakże ustawa formułuje katalog przypadków, kiedy wymierza się tylko karę pieniężną. W szczególności dotyczy to np. sytuacji, kiedy Skarb Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub inna jednostka sektora finansów publicznych nie otrzymała należności w znacznej wysokości, bez upoważnienia albo z jego przekroczeniem dokonano wydatku w znacznej wysokości, zapłacono ze środków publicznych odsetki, kary, opłaty w znacznej wysokości, czy też udzielono zamówienia publicz-

²⁶ Art. 33.

²⁷ Art. 36.

²⁸ Art. 31.

²⁹ Art. 35.

nego z istotnym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców³⁰.

Warto podkreślić uwyśnawianie przez ustawodawcę wielu nieprecyzyjnych określeń, jak: istotne czy rażąco naruszenie dyscypliny, znaczny lub nieznaczny stopień szkodliwości, znaczna wysokość należności. Taki brak precyzji może wypaczać założenie orzekania stosownych kar do określonych naruszeń.

Najwięcej wątpliwości i zastrzeżeń budzi szczególnego rodzaju kara, jak stanowi zakaz pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi³¹. Może ona być stosowana obligatoryjnie lub fakultatywnie; obligatoryjnie - w przypadku rażącego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, fakultatywnie - w przypadku ponownego ukarania za naruszenie dyscypliny³². Najistotniejsze są jednakże konsekwencje kary. Oznacza ona bowiem zakaz pełnienia określonych funkcji, np. kierownika, zastępcy kierownika, członka zarządu, skarbnika, głównego księgowego, jego zastępcy, czy kierownika lub zastępcy komórki bezpośrednio odpowiedzialnej za wykonywanie budżetu lub planu finansowego jednostki, zakaz reprezentowania interesów majątkowych Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych, a także zakaz członkostwa w organach stanowiących, nadzorczych i wykonawczych państwowych i samorządowych osób prawnych. Kara słusznie zakłada ograniczenie możliwości zajmowania określonych stanowisk związanych z dysponowaniem środkami publicznymi przez osoby rażąco naruszające dyscyplinę finansów³³.

Tymczasem zgodnie z art. 32 ust. 3 ukaranie karą zakazu pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi nie ogranicza prawa wybieralności (biernego prawa wyborczego) na wójta, burmistrza i prezydenta miasta. Zasady ograniczania biernego prawa wyborczego określone w ustawie z dnia 5 stycznia 2011 r. - Kodeks wyborczy³⁴ nie wprowadziły stosownego ograniczenia³⁵.

³⁰ Art. 34a.

³¹ Art. 32 i 34.

³² Por. bliżej: L. Lipiec-Warzecha, *Egzekwowanie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, „Finanse Komunalne” 2007, nr 9, s. 5.

³³ W praktyce przez przeszło siedem lat jej istnienia została do połowy 2007 r. prawomocnie orzeczona tylko jeden raz (*ibidem*, s. 11).

³⁴ Tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r. poz. 15 ze zm.

³⁵ Choć ograniczenie takie stanowi np. skazanie prawomocnym wyrokiem za umyślne przestępstwo skarbowe; zob. art. 11 § 2.

Ustawa o finansach publicznych przyznaje wójtowi³⁶ (burmistrzowi i prezydentowi miasta) szeroki zakres uprawnień, jak nadzorowanie realizacji uchwały budżetowej, dysponowanie rezerwami budżetowymi, dokonywanie zmian w planie dochodów i wydatków budżetu, w tym dokonywanie przeniesienia wydatków czy blokowanie planowanych wydatków³⁷. Trudno sobie wyobrazić pełnienie funkcji wójta, burmistrza czy prezydenta (pomimo kolegialnych decyzji zarządu w dwóch ostatnich przypadkach) przez osobę, wobec której orzeczono karę zakazu pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi. Przepis ten w ustawie o dyscyplinie ma i tak charakter najwyżej informacyjny, problematyczne jest wobec tego w ogóle jego zamieszczenie w ustawie, zwłaszcza i mimo że stwarza wrażenie swobodnego wyboru osób z orzeczonym zakazem na ww. funkcje, czego w naszych realiach politycznych nie można wykluczyć. Obowiązuje również zasada jednej sankcji za wiele czynów, w przypadku gdy sprawca dopuścił się kilku czynów³⁸.

Specyfika postępowania o naruszenie dyscypliny jest brak stosowania sankcji, pomimo naruszenia, w określonych sytuacjach, w przypadku zbiegu postępowań. W zasadzie odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny jest niezależna od odpowiedzialności określonej innymi przepisami prawa. Jednakże w razie wszczęcia postępowania w sprawie o przestępstwo, przestępstwo skarbowe, wykroczenie lub wykroczenie skarbowe z powodu tego samego czynu postępowanie o naruszenie dyscypliny zawiesza się do czasu zakończenia tych postępowań. Z kolei w przypadku prawomocnego skazania w ww. postępowaniach podlega umorzeniu wszczęte postępowanie o naruszenie dyscypliny³⁹.

Ustawa reguluje zastosowanie instytucji przedawnienia tak karalności, jak i wykonania kary oraz instytucji zatarcia ukarania⁴⁰. Karalność ustaje po upływie trzech lat od czasu naruszenia. W przypadku wszczęcia postępowania w tym okresie karalność ustaje z upływem dwóch lat od czasu naruszenia. Karalność ustaje również w przypadku stwierdzenia nieważności prawomocnego postanowienia lub orzeczenia komisji orzekającej po upływie dwóch lat od stwierdzenia nieważności. Analogicznie w przypadku uchylenia prawomocnego postanowienia lub orzeczenia komisji orzekającej. Podobnie karalność ustaje po dwóch latach od wznowienia postępowania.

³⁶ Odpowiednio do kompetencji zarządu.

³⁷ Art. 247, 222, 257, 258 i 260 ustawy o finansach publicznych.

³⁸ Art. 37.

³⁹ Art. 25 o dyscyplinie finansowej.

⁴⁰ Art. 38-39.

Nie można natomiast wykonać kary, jeżeli od dnia uprawomocnienia się orzeczenia upłynęły dwa lata, z uwzględnieniem ustawowo określonych przypadków⁴¹, w których nie biegnie przedawnienie wykonania kary.

Zatarcie ukarania⁴² następuje z mocy prawa po upływie dwóch lat od dnia wykonania kary lub przedawnienia jej wykonania. W razie odstąpienia od wymierzenia kary zatarcie ukarania z mocy prawa następuje po upływie roku od uprawomocnienia się orzeczenia. Na wniosek ukaranego lub przełożonego, pozytywnie zaopiniowany przez Głównego Rzecznika, minister właściwy do spraw finansów publicznych może skrócić te terminy.

Podstawowe sankcje w prawie bankowym

W szeroko rozumianym prawie bankowym⁴³ stosowane są różnorodne sankcje tak pod względem podmiotowym, jak i przedmiotowym. Z uwagi na niezwykle szeroki zakres zagadnienia dla wykazania istoty sankcji warto skoncentrować się na regulacjach zawartych w podstawowym akcie normatywnym, jaki stanowi ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe⁴⁴. Sankcjom z tytułu odpowiedzialności cywilnej i karnej poświęcony jest rozdział 13. Pomimo tego wyodrębnienia rozdział zawiera znikomą liczbę sankcji, odnoszących się tylko do osób fizycznych, a wszystkie pozostałe usytuowane są w ustawie w miejscu regulacji konkretnego problemu.

Przede wszystkim należy zaznaczyć, iż działalność bankowa może być prowadzona wyłącznie po uzyskaniu odpowiednich zezwoleń właściwej władzy nadzorczej. Władza nadzorcza, tj. Komisja Nadzoru Finansowego⁴⁵, udziela kolejno dwóch zezwoleń w formie decyzji wymaganych przepisami prawa bankowego: zezwolenia na utworzenie banku⁴⁶ i zezwolenia na rozpoczęcie przez bank działalności⁴⁷. Prowadzenie działalności bankowej bez zezwolenia podlega sankcjom. Jeżeli

⁴¹ Np. jeżeli kara pieniężna zostanie odroczone lub rozłożona na raty.

⁴² Art. 40 i 41.

⁴³ Na które składa się około dziesięciu ustaw.

⁴⁴ Tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 1988 ze zm.; zwana dalej prawem bankowym.

⁴⁵ Zwana dalej KNF. Działalność Komisji reguluje ustawa z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym (tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r. poz. 196 ze zm.).

⁴⁶ Art. 33, 34, 36 prawa bankowego.

⁴⁷ Art. 36.

wykonuj cy czynno ci bankowe bez zezwolenia otrzymał (bezpodstawnie) oprocentowanie, prowizj , opłat lub inne wynagrodzenie, to zobowiazany jest do ich zwrotu. Prowadz cy działalno bez zezwolenia polegaj c na gromadzeniu rodków pieni nych innych osób fizycznych, osób prawnych lub jednostek organizacyjnych niemaj cych osobowo ci prawnej w celu udzielania kredytów, po yczek pieni nych lub obci - ania ryzykiem tych rodków w inny sposób podlega grzywnie do 10 mln zł i karze pozbawienia wolno ci do 5 lat. Tej samej karze podlega dopuszczaj cy si ww. czynów w imieniu lub w interesie osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej⁴⁸. Sankcje te s wyrazem realizacji zało enia bezpiecze stwa i wywa enia interesów stron⁴⁹.

Prawo bankowe zawiera w art. 3 zastrze enie nazwy „bank” lub „kasa”. Wyrazy te mog by u ywane w nazwie oraz dla okre lenia działalno ci lub reklamy wył cznie dla banków w rozumieniu prawa bankowego⁵⁰, zgodnie z którym bank jest osoba prawn utworzon zgodnie z przepisami ustaw, działaj c na podstawie zezwole uprawniaj cych do wykonywania czynno ci bankowych obci aj cych ryzykiem rodki powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym⁵¹. Istnieje jednak mo liwo u ywania terminów „bank” lub „kasa” w przypadku działalno ci, z której jednoznacznie wynika, e jednostki nie wykonuj czynno ci bankowych, a samego terminu „kasa” tak e w nazwie oraz do okre lania działalno ci lub reklamy jednostki organizacyjnej, która na podstawie odr bnej ustawy gromadzi oszcz dno ci oraz udziela po yczek pieni nych osobom fizycznym zrzeszonym w tej jednostce⁵².

Prowadzenie działalno ci zarobkowej niezgodnej z ustaw przy u yciu w nazwie jednostki nieb d cej bankiem lub do okre lenia jej działalno ci lub reklamy terminów „bank” lub „kasa” podlega tej samej karze co ww. prowadzenie działalno ci bez zezwolenia⁵³.

Odpowiedzialno osób fizycznych wyst puje tak e w przypadku uchybie zwi zanych z zapewnieniem funkcjonowania wewn trznej kontroli danych wymaganych w zwi zku ze sprawowaniem nadzoru skonsolidowanego, udzielaniem informacji KNF, sporz dzaniem i przedstawianiem komisji sprawozda skonsolidowanych czy nieprzekazywaniem odpowiednich informacji utworzonych przez banki, współ-

⁴⁸ Art. 171 ust. 1 i 3.

⁴⁹ Por. J. Gliniecka, *System bankowy w regulacjach polskich i unijnych*, Bydgoszcz-Gda sk 2004, s. 74.

⁵⁰ Art. 3.

⁵¹ Art. 2.

⁵² Tzw. parabanki.

⁵³ Art. 171 ust. 2 i 3.

nie z bankowymi izbami gospodarczymi, instytucjom upoważnionym do gromadzenia, przetwarzania i udostępniania informacji⁵⁴. Stosowane są alternatywnie grzywny (w zróbnicowanej wysokości od 30 tys. do 1 mln zł) lub kara pozbawienia wolności (do 2 lub 3 lat)⁵⁵.

Wiele sankcji zostało wprowadzonych w związku z nadzorem sprawowanym przez KNF. Stanowi je tzw. rodki nadzorcze Mog mie zastosowanie do nadzorowanego podmiotu - instytucji bankowej. S to tzw. rodki nadzorcze ogólne (*ad rem*). Mog równie mie zastosowanie do osób sprawujących funkcje w organach banku (zarządzie). S to tzw. rodki szczególne (*ad personam*)⁵⁶. Łczy si one z wydawanymi przez KNF zaleceniami i nakazami⁵⁷. Katalog ich jest bardzo rozbudowany. Przykładowo mo na wskazać następujące rodzaje zalece: podjęcie rodków koniecznych do przywrócenia płynności płatniczej lub osignicia i przestrzegania innych norm dopuszczalnego ryzyka, zwiększenie funduszy własnych, zaniechanie określonych form reklamy, zastosowanie szczególnych zasad tworzenia rezerw na ryzyko związane z działalnością banków, ograniczenie ryzyka, wypełnianie dodatkowych obowiązków sprawozdawczych czy ujawnianie dodatkowych informacji. KNF mo e natomiast nakazać wstrzymanie wypłat z zysku oraz tworzenia nowych jednostek organizacyjnych do czasu przywrócenia płynności płatniczej lub osignicia ww. norm ryzyka. Przesłank sankcji stanowi nie tylko niezastosowanie si do rodków nadzorczych, lecz tak e naruszenie wskazanych przepisów prawa oraz statutu lub stworzenie zagrożenia dla interesów posiadaczy rachunków bankowych.

W stosunku do banku KNF mo e, po uprzednim upomnieniu na piśmie, ograniczyć zakres działalności, nałożyć kar pieniężną w wysokości do 10% przychodu wykazanego w sprawozdaniu finansowym, a w przypadku jego braku - do 10% prognozowanego przychodu, lub nawet uchylić zezwolenie na utworzenie banku i podjąć decyzję o jego likwidacji. KNF mo e równie wystąpić do właściwego organu o odwołanie prezesa, wiceprezesa lub innego członka zarządu bezpořednio odpowiedzialnego za nieprawidłowości oraz zawiesić w czynnościach członków zarządu do czasu ich odwołania. Ponadto KNF, w razie niewykonywania zalece dotyczących prowadzenia działalności z naruszeniem prawa lub statutów lub niewykonywania obowiązków związanych z nadzorem skonso-

⁵⁴ Art. 105 ust. 4.

⁵⁵ Art. 171 ust. 6-8.

⁵⁶ Por. E. Rutkowska, *Nadzór bankowy w ramach nadzoru nad rynkiem finansowym*, [w:] *Prawo bankowe*, red. E. Fojcik-Mastalska, Wrocław 2009, rozdz. 9, s. 158.

⁵⁷ Art. 138.

lidowanym⁵⁸, posiada uprawnienie nakładania na członków zarządu kar pieniężnych do wysokości 20 mln zł⁵⁹ (art. 141). KNF przy ustalaniu wysokości kary winna kierować się szerokim katalogiem przesłanek zawartym w przepisie, np. wagą naruszenia i czasem jego trwania, przyczynieniem się członka zarządu do naruszenia, sytuacji finansowej członka zarządu czy strat poniesionych przez osoby trzecie.

Nie można nie wspomnieć o sankcjach związanych z tzw. kontrolą przepływu kapitału (akcji), będącym elementem kontroli jako części⁶⁰ kapitału⁶¹. Złożony i bardzo kazuistycznie uregulowany proces polega na obowiązku zawiadamiania KNF przez podmioty zamierzające nabyć akcje banku krajowego w liczbie zapewniającej osiągnięcie albo przekroczenie kilku ustawowo określonych progów liczby głosów na walnym zgromadzeniu lub udziale w kapitale zakładowym⁶². W przewidzianych prawem bankowym sytuacjach KNF posiada uprawnienie zgłoszenia, w formie decyzji, sprzeciwu co do nabycia akcji. Sankcji podlega naruszenie obowiązku zgłoszenia zamiaru nabycia akcji lub nabycie ich pomimo sprzeciwu KNF. W tych wypadkach nie może być wykonywane prawo głosu poza ustawowymi wyjątkami. Podjęte uchwały walnego zgromadzenia banku krajowego są nieważne, jeżeli nie spełniają wymogu kworum bez uwzględnienia głosów nieważnych⁶³.

Warto wskazać na wybrane przykłady sankcji, będących konsekwencją nieprzestrzegania tzw. szczególnych obowiązków banków, polegających tak na odpowiedzialności banku, jak i członków jego organów oraz pracowników. Do jednego z najważniejszych tzw. szczególnych obowiązków banków należy przestrzeganie tajemnicy bankowej. Zgodnie z art. 104 prawa bankowego bank, osoby w nim zatrudnione oraz osoby, za których pośrednictwem bank wykonuje czynności bankowe, są obowiązane zachować tajemnicę bankową, która obejmuje wszystkie informacje dotyczące czynności bankowej, uzyskane w czasie negocjacji, w trakcie zawierania i realizacji umowy, na podstawie której bank tę czynność wykonuje. Od ogólnej zasady istnieje bogaty katalog ustawo-

⁵⁸ Określonych w rozdz. 11b prawa bankowego.

⁵⁹ Wszystkie powyższe kary pieniężne są odprowadzane na rzecz Bankowego Funduszu Gwarancyjnego.

⁶⁰ Podstawowy wymóg części kapitału polega na tym, że kapitał własny nie może pochodzić z pożyczki, kredytu lub środków nieudokumentowanych (art. 30 ust. 5).

⁶¹ Obok kontroli ilości kapitału.

⁶² Podobna procedura przewidziana jest w przypadku zamiaru stania się podmiotem dominującym w inny sposób.

⁶³ Art. 25-25m.

wych wyj tków oraz regulacji przypadków, w których bank z mocy prawa b d na danie przekazuje okre lone informacje na rzecz uprawnionych organów do ich otrzymywania. W wietle art. 105 ust. 5 bank ponosi odpowiedzialno za szkody wynikaj ce z ujawnienia tajemnicy bankowej i wykorzystania jej niezgodnie z przeznaczeniem⁶⁴. Nie ponosi jej w przypadku, gdy do ujawnienia tajemnicy doszło przez osoby i instytucje upowa nione do dania od banków udzielania informacji stanowi cych tajemnic bankow . Z kolei członkowie organów i pracownicy banku ponosz odpowiedzialno za ujawnienie lub wykorzystanie informacji stanowi cych tajemnic bankow niezgodnie z upowa nieniem okre lonym w ustawie. Sankcj stanowi grzywna do 1 mln zł i kara pozbawienia wolno ci do lat 3. Tak e podawanie nieprawdziwych danych lub zatajanie prawdziwych danych przez osoby obowi zane do podania uprawnionym organom informacji zagro one jest tymi samymi karami, bez podania jednak górnej wysoko ci grzywny⁶⁵.

Do szczególnych obowi zków banków nale y równie obowi zek przeciwdziałania wykorzystywaniu działalno ci wykonywanej przez bank dla celów maj cych zwi zek z przest pstwem z art. 165a lub 299 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny⁶⁶. Przest pstwo z art. 165a w odniesieniu do banków (członków zarz du lub pracowników) polega głównie na gromadzeniu, przekazywaniu lub oferowaniu instrumentów płatniczych, papierów warto ciowych, warto ci dewizowych, praw maj tkowych i innych w zamiarze sfinansowania przest pstwa o charakterze terrorystycznym lub innych okre lonych ustawowo przest pstw⁶⁷; podlega ono karze pozbawienia wolno ci od lat 2 do lat 12.

Przest pstwo z art. 299 kodeksu karnego w odniesieniu do banków⁶⁸, zgodnie z § 2, polega na tym, e karze podlega osoba, która b d c pracownikiem lub działaj c w imieniu lub na rzecz banku, instytucji finansowej lub kredytowej, a tak e innych okre lonych podmiotów, przyjmuje, wbrew przepisom, rodki płatnicze, instrumenty płatnicze, papiery warto ciowe, warto ci dewizowe, dokonuje ich transferu lub konwersji, lub przyjmuje je w innych okoliczno ciach wzbudzaj cych

⁶⁴ Por. bli ej: J. Gliniecka, *Tajemnica fi nansowa*, Bydgoszcz-Gda sk 2007, s. 105-106.

⁶⁵ Art. 171 ust. 4 i 5.

⁶⁶ Tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 1137 ze zm.; zwana dalej kodeksem karnym; bardzo szczegółowe zasady post powania reguluj art. 106a-106d prawa bankowego.

⁶⁷ Z art. 120, 121, 136, 166, 167, 171, 252, 255a, 259a kodeksu karnego.

⁶⁸ Por. E. Fojcik-Mastalska, *Status prawny banków*, [w:] *Prawo bankowe., op. cit.*, rozdz. 4, s. 47.

uzasadnione podejrzenie, e stanowi one przedmiot czynu określonego w § 1⁶⁹, lub świadczy inne usługi mające ukryć ich przestępne pochodzenie lub usługi w zabezpieczeniu przed zjawiskiem. Przewidziana jest kara pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

Oprócz kar przewidzianych w kodeksie karnym za popełnienie przedstawionych czynów odrębne sankcje w postaci odpowiedzialności porządkowej przewiduje dla pracowników bezpośrednio bankowe⁷⁰ z tytułu niezawiadomienia, wbrew obowiązkom, o okolicznościach wskazujących na wykorzystywanie banku dla celów mających związek z przestępstwem z art. 165a lub art. 299 kodeksu karnego.

Podsumowanie

Problematyka sankcji w prawie finansowym jest złożona. W przypadku naruszeń przepisów prawa stosowane mogą być sankcje tak w odniesieniu do jednostek organizacyjnych, jak i osób sprawujących odpowiednie funkcje, czy będących pracownikami, winnych naruszenia przepisów. Czyli mogą mieć charakter podmiotowy lub przedmiotowy. Sankcje spełniają także odpowiednie funkcje. Podstawowe jest oczywiście poniesienie odpowiedniej kary. Nie można jednak pominąć funkcji przywrócenia do poprawnego stanu, a także oddziaływania o charakterze prewencyjnym.

Cechą charakterystyczną prawa finansowego jest to, że bezpośrednio regulacja sankcji ma ograniczony zakres. Poszczególne stany faktyczne podlegają często sankcjom znajdującym się w innych działach prawa.

Sankcje najczęściej przybierają postać finansową, mogą występować także w postaci pozafinansowej.

Różnorodność sankcji występuje w regulacjach dotyczących poszczególnych działów prawa finansowego, jak np. w ustawie o finansach publicznych wraz z ustawą o dyscyplinie czy w prawie bankowym.

Przestrzeganie zasad dyscypliny finansów publicznych nabiera szczególnego znaczenia w dobie stale występującego długu publicznego.

⁶⁹ § 1 stanowi, że „kto rodkami płatnicze, instrumenty finansowe, papiery wartościowe, wartości dewizowe, prawa majątkowe lub inne mienie ruchome lub nieruchomości, pochodzące z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego, przyjmuje, posiada, używa, przekazuje lub wywozi za granicę, ukrywa, dokonuje ich transferu lub konwersji [...] podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8”.

⁷⁰ Art. 107 prawa bankowego.

Ustawa obejmuje odpowiedzialności wyłącznie określone kategorie osób fizycznych. Takie ujęcie można uznać za zbyt wąskie. Odpowiedzialność winna dotyczyć również jednostek organizacyjnych. Na wzór instytucji blokowania wydatków występującej w ustawie o finansach publicznych można by stworzyć katalog naruszeń dyscypliny finansów publicznych przez jednostki sektora finansów publicznych oraz jednostki dysponujące przekazanymi środkami publicznymi.

W świetle obowiązującej z reguły zasady swobodnego uznania organu orzekającego co do rodzaju kary warto podkreślić ujęcie przez ustawodawcę wielu nieprecyzyjnych określeń, jak: rażąco naruszenie dyscypliny, znaczny lub nieznaczny stopień szkodliwości, znaczna wysokość należności. Taki brak precyzji może wypaczać założenie orzekania stosownych kar do określonych naruszeń. Należałoby w miarę możliwości sprecyzować niektóre pojęcia.

Najwięcej wątpliwości budzi kara, jak stanowi zakaz pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi w zakresie, i ukaranie nie ogranicza prawa wybieralności (biernego prawa wyborczego) na wójta, burmistrza i prezydenta miasta. W tym miejscu należało by o środki publiczne bezwzględnie winno istnieć takie ograniczenie.

W szeroko rozumianym prawie bankowym stosowane są różnorodne sankcje tak pod względem podmiotowym, jak i przedmiotowym. Generalnie należy je pozytywnie ocenić.

Prowadzenie działalności bankowej bez zezwolenia podlega sankcjom dla zapewnienia bezpieczeństwa powierzanych środków. Temu samemu celowi służy zastosowanie sankcji z powodu prowadzenia działalności niezgodnej z ustawą przy użyciu w nazwie terminów „bank” lub „kasa”. Sytuacje takie ewidentnie stwarzają zagrożenia dla interesów posiadaczy rachunków bankowych.

Takie sankcje związane z tzw. kontrolą przepływu kapitału mają zapewnić bezpieczeństwo środków.

Bardzo istotną rolę z punktu widzenia interesów klientów spełniają sankcje mające stanowić gwarancję przestrzegania tajemnicy bankowej.

Ogólną rolę społeczną spełniają sankcje związane z obowiązkiem przeciwdziałania wykorzystywaniu działalności wykonywanej przez bank dla celów mających związek z określonymi przestępstwami.

Janina Czapska

Proaktywne strategie policyjne - szanse i zagrożenia

Pomysł na artykuł wykuł się z obserwacji rozwoju koncepcji policji proaktywnej (*proactive policing*)¹ w ostatnich dwudziestu latach. W języku polskim „proaktywny” bywa z reguły człowiek. Pobejny przegląd dódeł internetowych pozwala uzupełni list wystpujących w języku polskim konotacji o inne przykłady; proaktywne mog by równie : zarządzanie, czytanie, strategie eksploatacji oraz staro².

Proaktywno w realizacji zada policyjnych stanowi cel instrumentalny, poniewa jest jednocze nie sposobem osi gania celu, jakim jest

¹ Nale ałoby ten termin tłumaczy jako proaktywne wykonywanie „zada policyjnych”, przy odpowiednim rozumieniu tych zada . W tym kontek cie zadania policyjne nie obejmuj wszystkich zada wykonywanych przez policj (np. zada administracyjnych), a mog by wykonywane przez ró ne podmioty, nie tylko przez policj (np. działanie prywatnych firm ochrony w zakresie utrzymania porz dku). W tym rozumieniu zadania policyjne jako zadania w zakresie zapewniania bezpiecze stwa nawi zuj do historycznej, wczesnej funkcji policji, jak stanowiło utrzymywanie społecznego pokoju i porz dku. Wyró nienie konstytutywnych cech zada policyjnych stanowi ci gle przedmiot naukowych kontrowersji. W języku polskim brakuje odpowiedniego imiesłowu (*policing*), dlatego konsekwentnie jest tutaj u ywane poj cie proaktywnej policji zamiast proaktywnego „policjowania”. Posługiwanie si takim terminem jest ponadto uzasadnione celem tego tekstu, który stanowi krytyczn charakterystyk reform w policji.

² M. Brzezi ska, *Proaktywna staro . Strategie radzenia sobie ze stresem w okresie pó nej dorosło ci*, Warszawa 2011.

ograniczenie przestępczości. Ten cel zasadniczy może być realizowany przy użyciu różnorodnych strategii i taktyk. Niemożliwe byłoby sporządzenie ich wyczerpującej listy ze względu na wielką różnorodność metod oraz zmieniające się dynamicznie organizacyjne i techniczne warunki ich realizacji.

Akceptacja modelu proaktywnego oznacza przyjęcie jako wiódcej strategicznej idei, że policja – w opozycji do „standardowego” modelu policji reaktywnej – powinna w sposób aktywny wypełniać swoje zadania i interpretować funkcje. Do proaktywnych strategii policyjnych zalicza się takie, dla których podstawowym celem jest ograniczanie przestępczości oraz nieporządku, zanim one nastąpią, czyli podejmowanie różnego typu działań zapobiegawczych³. Policja reaktywna oznacza strategię, w której działania policji zasadniczo koncentrują się na reakcji wobec dokonywanego właśnie przestępstwa (naruszaniu porządku) albo na prowadzeniu postępowania w sprawie przestępstwa, które zostało już popełnione. Podstawowa różnica między reaktywnym (tradycyjnym, standardowym⁴) wypełnianiem zadań przez policję a działaniem proaktywnym polega na tym, że w standardowym modelu policja reaguje na przestępstwo dokonane „tam i wtedy”⁵. Policja mobilizuje swe zasoby w odpowiedzi na – danie pochodzące z reguły spoza policyjnej organizacji (tzn. od obywateli i instytucji zawiadamiających o przestępstwie) i skupia się na znamionach tego incydentu. W przypadku strategii proaktywnej – przy zachowaniu tradycyjnych policyjnych zadań i celów – nacisk przesuwany jest na prewencję przez mobilizowanie zasobów w konsekwencji samodzielnej inicjatywy policji lub formułowanej wspólnie z obywatelami i ich organizacjami. Policja koncentruje się na okolicznościach, które mogą stać się przyczyną (siłą napędową) przestępczości i nieporządku⁶.

Justin Nix i Jeff Rojek uważają, że żadna z proaktywnych strategii (koncepcji) nie jest ważniejsza od innych, ponieważ różne strategie mogą być skuteczne w osiągnięciu celu w konkretnych warunkach⁷; ważna

³ *Proactive Policing. Effects on Crime and Communities*, eds D. Weisburd, M. Majumdar, Washington 2017, s. 1-12; dalej cytowane jako *Proactive...*

⁴ W zależności od kontekstu używa się w literaturze jednego z tych określeń. Nie są one synonimami, ale mają wspólne korzenie w historii amerykańskiej policji. Dla uniknięcia potencjalnych nieporozumień w dalszych wywodach stosowane będzie określenie „standardowy” spopularyzowane w raporcie: *Fairness and Effectiveness in Policing. The Evidence*, eds W. Skogan, K. Frydl, Washington 2004.

⁵ N. Tilley, *Modern Approaches to Policing. Community, Problem-oriented and Intelligence-led*, [w:] *Handbook of Policing*, ed. T. Newburn, Cullompton 2009, s. 373.

⁶ *Proactive...*, op. cit., s. S-1.

⁷ J. Nix, J. Rojek, *Proactive Policing*, [w:] *Oxford Bibliographies in Criminology*, ed. R. Wright, New York 2014.

jest zatem ta koncepcja, która jest skuteczna w konkretnym przypadku. Takie ujęcie oznacza ponadto, że policja nie musi czuć się zobligowana do realizacji jednej z nich; co działa w jednej, nie musi działać w innej jednostce policji (tzn. innych warunkach - J.C.). Nix i Rojek uważają, że policje powinny raczej implementować równocześnie (komplementarnie) te strategie, które służą realizacji celu w konkretnych warunkach. Jednakże w praktyce zastosowanie tej prostej i niezwykle przekonującej zasady jest bardzo trudne. Powody mogą być mniej lub bardziej racjonalne; od preferencji aksjologicznych (albo stereotypowych, albo intuicyjnych) politycznych decydentów różnego stopnia, przez politykę państwa w zakresie finansowania projektów w zakresie bezpieczeństwa oraz „policyjne mody”, a także aktualne wyniki badań naukowych, aby wymienić kilka najważniejszych.

Strategia proaktywnej policji jest współcześnie intensywnie rozwijana i implementowana przede wszystkim w USA, ale jej historyczne korzenie tkwią w poglądach i działalności Roberta Peela, ministra spraw wewnętrznych Wielkiej Brytanii, który w 1829 r. powołał metropolitalną policję w Londynie. Tzw. dziewięć zasad Peela wyrażało trzy podstawowe idee dotyczące funkcjonowania policji⁸:

- Celem policji jest zapobieganie przestępstwom, a nie łapanie przestępców. Jeżeli policja nie dopuści do popełnienia przestępstwa, to nie będzie musieli karać obywateli czy ograniczać ich praw. Policja nie powinna zatem chwalić się wysokimi statystykami przestępstw, ponieważ chroniona przez nich skutecznie wspólnota lokalna powinna charakteryzować się niskim poziomem przestępstw.
 - Kluczowe dla zapobiegania przestępstwom jest publiczne wsparcie policji. Każdy członek społeczności lokalnej powinien czuć się współodpowiedzialny za zapobieganie przestępstwom. Mieszkańcy przyjmą odpowiedzialność tylko wtedy, gdy społeczeństwo będzie wspierało policję i ufało jej.
 - Policja uzyska publiczne wsparcie, jeżeli będzie respektowała zasady obowiązujące w społeczeństwie. Zdobycie reputacji wymaga ciężkiej pracy, która polega na bezstronnym egzekwowaniu prawa, wykształceniu policjantów, którzy rozumieją społeczność i reprezentują jej interesy, a ponadto stosowania przymusu jako środka ostatecznego.
- W literaturze amerykańskiej termin „proaktywna policja” został użyty w literaturze po raz pierwszy przez Davida Bordua i Alberta

⁸ Por. szerzej np. *Sir Robert Peel's Policing Principles*, dostępne na: www.lawenforcementactionpartnership.org.

Reissa w artykule z 1966 r.⁹ Uważa, że policja powinna reformować reguły organizacji swej pracy odpowiednio do typów zadań, jakie realizuje. Ten postulat zyskał popularność dzięki dokumentowi Narodowej Rady Badawczej (National Research Council) z 2004 r.¹⁰ Zgodnie z tym raportem badania nad skutkami stosowania standardowego modelu policji nie potwierdziły oczekiwanych efektów w postaci kontroli przestępczości, a wyniki badania nad modelem proaktywnym przynoszą obiecujące rezultaty w zakresie skutecznego zapobiegania przestępczości i nieporządku.

Na początku XXI w., kiedy przygotowywano ten raport, znane były badania na temat niektórych koncepcji z zakresu proaktywnej policji¹¹. Jednakże szereg wartościowych studiów przeprowadzono później. Dlatego z inspiracji Narodowego Instytutu Sprawiedliwości oraz Fundacji Laury i Johna Arnoldów powołano w Akademii Nauk USA zespół pod nazwą Komitet ds. policji proaktywnej - skutki dla przestępczości, społeczności lokalnych oraz swobód obywatelskich¹², który otrzymał zadanie prezentacji współczesnego stanu refleksji na temat strategii proaktywnej policji oraz skutków ich stosowania.

Wskazanie dwóch czasowych cezur (1966 r. i 2004 r.) w procesie kształtowania refleksji na temat proaktywnej policji nie oznacza, że w USA wcześniej policjanci nie działali w sposób proaktywny. Bardziej ogólne postulaty na temat proaktywności jak u Reissa oraz Bordua (1966 r.) lub ich konkretyzacja we współczesnych warunkach (NCR 2004) dotyczyły organizacji policji oraz strategii jej działania, nie zaś sugestii odnoszących się do sposobu postępowania poszczególnych policjantów. Do realizacji takiego celu niezbędne jest zaś zapewnienie bar-

⁹ D. Bordua, A. Reiss, *Command, Control, and Charisma. Reflections on Police Bureaucracy*, „American Journal of Sociology” 1966, Vol. 72, No. 1, s. 68-76, cyt. za: *Proactive...*, *op. cit.*, s. 1-4.

¹⁰ *Proactive...*, *op. cit.*, s. 1-14; mowa o raporcie wymienionym w przypisie 4.

¹¹ Zaliczono do nich *hot spots*, mniej rygorystyczne badania na temat *problem-oriented*, *broken windows* oraz *pulling levers* lub *focused deterrence*; *Proactive...*, *op. cit.*, s. 1-2.

¹² The Committee on Proactive Policing-Effects on Crime, Communities, and Civil Liberties powołano w ramach stałego Komitetu Prawa i Sprawiedliwości Akademii (National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine). W Komitecie działało 15 badaczy z zakresu kryminologii, prawa, psychologii, statystyki, nauk politycznych i ekonomii oraz dwóch policyjnych praktyków. Komitet w ciągu dwóch lat, począwszy od lutego 2016 r., spotkał się sześć razy. W przygotowaniu raportu wykorzystano także wiele innych metod analizy i zbierania danych; *Proactive...*, *op. cit.*, s. VII-VIII.

dziej zaawansowanego poziomu organizacji policji, a w szczególności ciwła ciwego zarządzania. Proaktywno w znaczeniu, które upowszechniło si na przełomie wieków, oznaczało strategie odnoszące si do zorganizowanej prewencji kryminalnej (*organizational crime prevention strategy*)¹³.

Reaktywne wykonywanie zada (wypełnianie funkcji) policyjnych jest łatwiejsze dla policji w tym sensie, że wówczas prostsze jest skuteczne zarządzanie policj jako scentralizowaną struktur. Jednocześnie skuteczna policyjna reakcja stanowi dobre narzędzie do wzmacniania legitymizacji tej służby. Skutecznie w wykrywaniu przestępstw stanowi wyrazisty, jasny wskaźnik legitymizacji, ponieważ oznacza, że policja właściwie odpowiada na potrzeby społeczeństwa. Wystarczy umieć zorganizować służbę celem właściwego prowadzenia postępowania po sprawnym przyjęciu zgłoszenia. Nie oznacza to oczywiście, że zadania typowe dla reaktywnej policji są łatwe do wykonania; skuteczne wykrywanie sprawców przestępstw stanowi – niezależnie od czasów – niezwykle trudne zadanie dla policji na całym świecie. Jednakże działanie proaktywne wymaga dodatkowo większej samodzielności i kreatywności jednostek policyjnych. Postulat proaktywności należy rozumieć w ten sposób, że reakcja policji na naruszenie prawa należy uzupełnić o obowiązek legalnego działania „na przedpolu”. Trzeba działać, zanim przestępstwo lub wykroczenie zostanie popełnione, wykorzystując zróbnicowane, odpowiednio dobrane metody oddziaływania na przyczyny i warunki dokonywania tych czynów. Niejednokrotnie policja musi najpierw odkryć (ustalić), jakie będą trafne metody działania w poszczególnych przypadkach.

Model, nazwany później standardowym, został ukształtowany w procesie profesjonalizacji trwającym od początków XX w., kiedy reformatorzy policji zareagowali na krytykę stosowanych wcześniej metod organizacji i działania¹⁴. Do podstawowych cech reaktywnej, standardowej strategii policji należy: centralizacja policji, profesjonalizacja działania policjantów przy użyciu nowoczesnego wyposażenia oraz rozwój szczegółowych procedur działania, rutynowe patrole oraz skracanie czasu reakcji na zgłoszenie o popełnieniu przestępstwa¹⁵. Krytyczne analizy działania policji w USA, ogłaszane od późnych lat 60. XX w.,

¹³ Należy podkreślić, że początki takiego sposobu myślenia datuje się pół wieku wcześniej, szczegółowo na ten temat: *Proactive...*, *op. cit.*, s. 1-8.

¹⁴ Por. np. G. Treverton *et al.*, *Moving Toward the Future of Policing*, Santa Monica-Arlington-Pittsburgh 2011.

¹⁵ Przykładowo: D. Sklansky, *The Persistent Pull of Police Professionalism*, 2011.

opierały się na obserwacji, że dominujący wówczas i nieustannie doskonalony model policji cechował się wieloma słabościami i był nieskuteczny. Ta nieskuteczność była efektem interakcji wielu czynników; dokumentowanych przypadków nierównego traktowania obywateli przez policjantów, powtarzających się starć policji z mieszkańcami, głównie czarnoskórymi, oraz kryzys zaufania do policji, jaki nastąpił w związku z tymi społecznymi protestami. Źródło opinii stanowiły te prowadzone wówczas na szerszą skalę badania empiryczne nad funkcjonowaniem policji. Podstawową przyczyną krytyki i sceptycyzmu był jednak wzrost przestępczości, postępujący mimo coraz bardziej perfekcyjnego stosowania (jak się wydawało - oczywistych) metod działania policji. Analiza sytuacji doprowadziła badaczy do wskazania następujących deficytów w założeniach standardowej strategii¹⁶:

1. Ograniczanie się wyłącznie do zwiększania liczby policjantów nie stanowi skutecznej metody w walce z przestępczością oraz zakłócaniem porządku. Zmiany ilościowe nie mogą zastąpić niezbędnych jakościowych zmian.
2. Policja nie jest w stanie właściwie działać bez pomocy obywateli, którzy nie mogą być traktowani jako „oczy i uszy” policji, czyli wyłącznie jako źródła informacji.
3. Klasyczne taktyki standardowo ujmowanej policji nie oddziałują na zjawiska stanowiące przyczyny przestępstw i nieporządku, a jedynie na efekty tych zjawisk.
4. Metody działania policji są jednostronne w tym sensie, że do różnych problemów stosuje się te same metody działania, czyli nie różnicuje się ich w zależności od charakteru sprawy.

Nick Tilley - brytyjski socjolog i ekspert w zakresie policji i bezpieczeństwa - wyróżnił w 2009 r. trzy podstawowe typy strategii proaktywnych: *community policing*, *problem-oriented policing* (POP) oraz *intelligence-led policing* (ILP)¹⁷. W przypadku pracy policyjnej skierowanej na społeczność lokalną - *community-oriented policing* (COP) - policja powinna we współpracy z mieszkańcami rozwiązywać lokalne problemy i zapobiegać przestępczości, działając przy tym zgodnie z zasadami państwa prawa¹⁸. W strategii zorientowanej na rozwiązywanie problemów (POP) skuteczne

¹⁶ A. Verhage, P. Ponsaers, *Community Policing as a Police Strategy. Effects and Future Outlook*, „European Crime Prevention Network. Thematic Paper” 2012, No. 3, s. 4.

¹⁷ N. Tilley, *Modern Approaches...*, op. cit., s. 373-403.

¹⁸ COPS, *Community policing defined*, <https://ric-zai-inc.com/Publications/cops-p157-pub.pdf> [stan na: 20.01.2018].

wykonywanie zadań policyjnych wymaga diagnozy i rozstrzygania problemów społecznych stanowiących źródło (przyczyn) antyspołecznych zachowań¹⁹. Problemy można rozwijać na różnych poziomach społecznej organizacji: od społeczności lokalnych do państwa jako całości. Strategia ILP w wyznaczaniu policyjnych priorytetów kładzie nacisk na zbieranie informacji i zaawansowaną analizę danych. Umiejętne wykorzystanie informacji zebranych przez policję za pomocą tradycyjnych metod (np. informatorów, obserwacji) oraz najnowszych zdobyczy techniki służy przeciwdziałaniu najpoważniejszej przestępczości w państwie, głównie przez utrudnianie organizowania się grup przestępczych lub udaremnianie działania takich grup w przyszłości²⁰.

Porównanie podstawowych cech tych koncepcji pozwala na wyodrębnienie kilku zasadniczych podobieństw i różnic²¹. Obok „proaktywności” charakteryzują się dwoma wspólnymi właściwościami; wszystkie wyrosły z krytyki standardowego wykonywania zadań policyjnych, a oczekiwanym skutkiem implementacji każdej z nich jest redukcja przestępczości. Wyróżnione przez Tilleya proaktywne strategie różnią się natomiast następującymi cechami:

- misja: dla ILP misją stanowi egzekwowanie prawa, dla COP - efektywne zarządzanie społecznością lokalną, a dla POP - rozwiązywanie problemów istotnych dla wypełniania podstawowych funkcji policyjnych;
- modelem policjanta, gwarantującym osiągnięcie celu; dla ILP to funkcjonariusz specjalizujący się w gromadzeniu i wykorzystywaniu informacji, dla COP - policjant komunalny, którego cechy są zbliżone z ideałem polskiego dzielnicowego, w POP natomiast jest to policjant analityk, umiejący zdiagnozować problem i znaleźć skuteczne metody jego rozwiązania;
- autorytetem (źródłem), od którego pochodzi legitymizacja policji: rząd lub prezydent (ILP), lokalna wspólnota (COP), wypełnianie kluczowych policyjnych funkcji (POP);
- typowymi formami myślenia i działania - ILP koncentruje się na „złych ludziach”, wykorzystuje zebrane dowody i preferuje aresztowanie;

¹⁹ Center for Problem-Oriented Policing [Oficjalna strona Centrum dla Wykonywania Zadań Policyjnych przez Rozwiązywanie Problemów], www.popcenter.org [stan na: 20.01.2018].

²⁰ Por. przykładowo: J.H. Ratcliffe, *Intelligence-Led Policing*, London-New York 2016; w Polsce na temat tej koncepcji pisał: J. Konieczny, *Kryzys czy zmiana paradygmatu kryminalistyki?*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 1, s. 3-16.

²¹ Szczegółowo na ten temat pisze: N. Tilley, *Modern Approaches*, *op. cit.*, s. 386-391.

wanie sprawców poważnych przestępstw. W COP najważniejsze są potrzeby społeczno-ci lokalnych, w działaniu wykorzystuje się dane na temat zagrożeń odczuwanych przez mieszkańców, a preferowanymi taktykami stanowi mobilizacja mieszkańców. POP koncentruje się na okazjach do popełniania przestępstw, polega na zbieraniu i analizowaniu danych na temat ich występowania i intensywności. Do osiągnięcia założonych rezultatów nie typuje żadnych taktyk działania, ponieważ ich wybór zależy od zdiagnozowanego problemu;

- strategię różni się preferowanym mechanizmem kontroli społecznej; dla ILP jest to uwiązanie sprawcy, czyli formalna kontrola państwa, dla COP - wzmocnienie nieformalnej kontroli społecznej, dla POP - zablokowanie okazji do popełnienia przestępstwa.

Jak podkreślano, każda z wymienionych strategii zmierza do redukcji przestępczości. Istotnie różni się natomiast najważniejszym wskaźnikiem skuteczności: dla ILP będzie to złapanie największych przestępców („łajdaków”), dla COP - zadowolenie społeczno-ci lokalnej, dla POP - bliżej niedookreślone skuteczne wypełnianie podstawowych funkcji.

Pod wpływem lawinowo narastającej w ostatnich latach literatury typologii policyjnych strategii proaktywnych zaproponowaną przez Tilleya można rozbudować albo nawet skonstruować od początku. Za reprezentatywny dla rozwoju refleksji w tym zakresie w USA uznaje się raport przygotowany dla Akademii Nauk przez zespół autorów pod redakcją Davida Weisburda oraz Malaya K. Majimundara w 2017 r.²² Autorzy porządkują i charakteryzują typy proaktywnych strategii policyjnych z ostatnich dwóch dekadach²³. Nie można wprost porównywać typologii Tilleya oraz grupy badawczej Weisburda. Oprócz różnic dat powstania odmienny jest stopień szczegółowości obu publikacji. W amerykańskiej typologii z 2017 r. przyjęto kilka kryteriów wyboru strategii: szerokie rozpowszechnienie w USA; nowatorski charakter strategii, które nie są jeszcze szeroko stosowane, ale reprezentują innowacyjne metody zapobiegania przestępczości; kontrowersyjność strategii (wybrano takie, które wzbudzają krytykę i w t-

²² *Proactive., op. cit.* Raport porządkuje literaturę, w której badacze fenomenu proaktywnej policji stosują różne terminologie. Autorzy raportu zastrzegają, że samodzielnie podejmują decyzje o formie opisu tych publikacji, przystosowując to różnorodność do przyjętych założeń terminologicznych. Taki zabieg można byłoby ocenić jako niezwykle ryzykowny, grozący zniekształceniem oryginalnych poglądów. Jednakże zarówno autorytet autorów tego raportu, jak i recenzentów, którymi są wybitni badacze policji w USA, dają gwarancję rzetelnego wykonania zadania postawionego przed zespołem.

²³ *Proactive., op. cit.*, s. 1-17.

pliwo ci ze wzgl du na mo liwo wywołania negatywnych konsekwencji). Skoncentrowano si na strategiach, które s wa ne dla lokalnej policji oraz dla tzw. zwykłych mieszka ców (przest pczo pospolita oraz naruszenia porz dku). Członkowie zespołu badawczego rezygnuj z przedstawiania strategii, które stosowane s przede wszystkim przez policje federalne, a zatem dotycz najpowa niejszych przest pstw, takich jak przest pczo zorganizowana, przest pczo białych kołnierzyków, handel lud mi i mi dzynarodowy handel narkotykami²⁴, co zapewne skutkowało wył czeniem z raportu strategii ILP (została natomiast uwzgl dniona strategia *predictive policing*, por. ni ej).

Autorzy podkre laj , e wa nym celem ich pracy była identyfikacja strategii z punktu widzenia specyfiki mechanizmów przyj tych jako skuteczny rodek do zapobiegania przest pczo ci. Jednak e ustalenie, które z tych strategii s skuteczne w zapobieganiu przest pczo ci, jest nieslychanie trudne, co wynika ze zło ono ci ka dej z nich oraz faktu, e w praktyce cz sto ł czy si poszczególne typy w jeden program, a wówczas trudno odró ni wpływ poszczególnych strategii dla ostateczny rezultat²⁵.

W raporcie proaktywne strategie policji podzielono na cztery kategorie, które oznaczaj podej cie skoncentrowane na:

- miejscu, w którym dochodzi do naruszenia prawa (*place-based*);
- rozwi zywanu problemów, które stanowi ró dło narusze prawa (*problem-solving*);
- szczególnej kategorii osób, jakimi s sprawcy przest pstw (*person-focused*);
- działaniach w ramach społeczno ci lokalnych lub dla nich (*community-oriented*).

W konsekwencji strategie proaktywne zostały uporz dkowane w nast puj cy sposób²⁶:

²⁴ *Ibidem*, s. 2-1.

²⁵ *Ibidem*, s. 1-17. Wszystkie wybrane do oceny strategie charakteryzowane s z punktu widzenia legalno ci podejmowanych działań , efektywno ci w uzyskiwaniu zało onych celów (w zakresie redukcji przest pczo ci i nieporz dku), konsekwencji dla społeczno ci lokalnych oraz ich postrzegania policji, jak te zagroż e- nia w postaci nierównego traktowania obywateli i wypełnianiu w zachowaniach policjantów uprzedze rasowych. Celem tego artykułu jest wył czenie przedsta- wienie strategii z uwzgl dnieniem ich dynamicznego rozwoju.

²⁶ *Ibidem*, s. S-2.

	Podejście (metoda - <i>approach</i>) skoncentrowane na:			
	Miejsce	Rozwiywaniu problemów	Osobie (sprawcy)	Społeczności lokalnej
Typy strategii policyjnych	<i>Hot spots policing, predictive policing, CCTV/monitoring</i>	POP; <i>third party policing; proactive partnering</i>	<i>Focused deterrence; repeat offender programs; stop, question and frisk</i>	COP; <i>procedural justice policing; broken windows policing</i>
Główny cel	Zapobieganie przestępstwom na wytypowanych niewielkich obszarach (ulicy, okolicach sklepu, zaułku itp.)	Rozwiywanie aktualnych problemów, aby zapobiec przestępstwom w przyszłości	Zapobieganie przestępstwom oraz odstraszanie przed popełnieniem konkretnych przestępstw przez oddziaływanie na sprawców	Wzmacnianie kolektywnej skuteczności oraz współpracy społeczności lokalnej z policją przy ograniczaniu problemów lokalnych
Podstawowe metody osiągnięcia celu	Identyfikacja odpowiednich miejsc oraz zastosowanie tam wybranych metod działania	Identyfikacja oraz analiza problemów kryminalnych oraz znalezienie rozwiązań i zastosowanie ich, a następnie ewaluacja skutków	Identyfikacja wielokrotnych sprawców przestępstw i stosowanie metod postępowania dostosowanych do tych odbiorców	Rozwijanie metod skutecznego angażowania społeczności lokalnej lub doskonaleniu sposobu, w jaki policja kontaktuje się z obywatelami.

Obserwacja najbardziej popularnych w połowie drugiego dziesięciolecia XXI w. strategii zapewniania bezpieczeństwa przez policję wskazuje, że coraz bardziej znaczące w porównaniu z okresem dominacji COP (koniec XX w.) jest dwójstwo rozumienia proaktywności policji, zanim dojdzie do popełnienia przestępstwa lub naruszenia porządku. Z jednej strony oznacza aktywne poszukiwanie (często wspólnie ze społecznością lokalną) lepszego rozumienia (kryminalnych) problemów i rozwiywanie ich w innowacyjny sposób przy uwzględnieniu odpowiednich form „przyjaznych” kontaktów policji z mieszkańcami i ich organizacjami, czyli połączenie COP z POP. Jednakże proaktywność może oznaczać również większą aktywność policji w zatrzymywaniu lub ostrzeganiu lub karaniu obywateli celem odstraszania społeczeństwa oraz poszcze-

gólnych jednostek od popełniania przestępstw. W polityce kryminalnej różnych państw, a USA jest tylko dobrym przykładem, nasila się dążenie do wykorzystania proaktywnych strategii uwzględniających współudział obywateli w skuteczniejszej walce z przestępczością oraz z nieporządkiem, przy jednoczesnym dążeniu do kształtowania w ten sposób pozytywnego wizerunku policji w społeczeństwie. Równocześnie nie odnależć można na przejawy nostalgii za tradycyjnymi metodami policji i skłonności do dowartościowania polityki, w której policja samodzielnie - w stanowczy sposób - przeciwdziała tym negatywnym zjawiskom.

Strategie służące zapobieganiu przestępczości na wybranych małych geograficznie obszarach (*placed-based*) opierają się na diagnozie miejsc, w których kumulują się negatywne zjawiska społeczne, i doborze odpowiednich metod do ograniczenia ich występowania. Takim obszarem może być cz. ulicy, okolica sklepu monopolowego, ciemne podwórko, okolice opuszczonej fabryki itp. Istotna jest okoliczność, że ze względu na ukształtowanie terenu, mieszkających tam ludzi czy też nawiedzających miejsce sprawców, a niejednokrotnie na skutek wielu współwystępujących czynników, kształtuje się miejsce sprzyjające naruszaniu prawa.

Hot spots policing należy do typowych strategii skoncentrowanych na określonym miejscu. Wywodzi się z obserwacji, że duża część przestępczości koncentruje się w małej liczbie specyficznych miejsc, nazywanych właśnie *hot spots* (miejscami zapalnymi). Jak pokazali Lawrence Sherman oraz David Weisburd w pierwszych szerszych badaniach na ten temat w Minneapolis, „tylko 3 procent miejsc (adresów) produkuje więcej niż połowę wszystkich wezwań dla policji w mieście. Z 40% miejsc nie wysłano żadnego wezwania w ciągu roku, a z pozostałych 60%, z których pochodziły jakiegokolwiek wezwania, w większości było to jedno wezwanie na rok [...]. W tej sytuacji relokacja sił policji w niewielu lokalizacjach ma więcej sensu niż rozlokowanie ich na całym terenie miasta”²⁷. Założenia teoretyczne tej strategii wywodzą się z teorii zachowań rutynowych, prewencji sytuacyjnej oraz wzorów zachowań przestępczych. W ostatnich latach przeprowadzono w USA wiele badań nad stosowaniem tej strategii. Jej popularność wzmacnia obserwacja, że *hot spots* niekoniecznie znajdują się w tzw. problemowych dzielnicach. Można wyróżnić w tzw. patologicznych dzielnicach miejsca, w których nie dochodzi do intensywnego naruszania prawa. Zdiagnozowano te miejsca stanowiące źródło wielokrotnych wezwań policji w tzw. przyzwyczajonych

²⁷ L. Sherman, D. Weisburd, *General Deterrent Effects of Police Patrol in Crime „Hot-spots”. A Randomized Controlled Trial*, „Justice Quarterly” 1995, Vol. 12, No. 4, s. 629.

dzielnicach, czyli niekojarzonych z naruszaniem prawa w społecznych opiniach czy wcześniejszych policyjnych statystykach. Prewencyjne oddziaływanie policji na *hot spots* polega na odstraszaniu potencjalnych sprawców przed dokonywaniem czynów przez częstsze patrolowanie terenu oraz na indywidualnej prewencji wobec sprawców, którzy zostali tam zatrzymani po dokonaniu przestępstwa. Policja koncentruje patrole, obserwacje i inne metody działania odpowiednio do charakteru konkretnego miejsca. Oddziaływanie na *hot spots* może polegać również na przekształcaniu środowiska i innych zmianach warunków fizycznych, które mogły ułatwiać popełnianie przestępstw (prewencja sytuacyjna). *Hot spots* często są częścią konkretnych programów z innymi proaktywnymi strategiami²⁸.

Predyktywna strategia policyjna (*predictive policing*) to druga strategia zaliczona do kategorii skoncentrowanych na określonym miejscu. Według Jerry'ego Ratcliffe'a polega na tym, że „wykorzystuje się historyczne dane do formułowania czasoprzestrzennej prognozy (*forecast*), gdzie i kiedy może zostać dokonane przestępstwo. Prognoza stanowi podstawę do alokacji policyjnych zasobów, zgodnie z oczekiwaniami, że wysyłając policjantów do określonych miejsc w określonym czasie, można odstraszyć od popełnienia przestępstwa lub zatrzymać sprawcę”²⁹. Predyktywna strategia służy także do prognozowania, kto może popełnić przestępstwo albo stać się ofiarą. W przewidywaniach wykorzystuje się specjalistyczne programy komputerowe do analizy olbrzymiej ilości zebranych informacji oraz funkcjonujące bazy danych³⁰. Wykorzystuje się zaawansowane metody statystyczne, które uwzględniają czynniki ryzyka, statystyczne modele do porównywania przestępstw celem wyznaczenia ich podobieństw i ewentualnych sprawców. Predyktywna strategia skupia się zatem na geoprzestrzennej prognozie z użyciem komputerów, odpowiedniego oprzyrządowania i generowania map z oczekiwanymi kryminalnymi zdarzeniami. Czerpie z technologii informatycznych (zwykle *crime mapping data and analysis*), teorii kryminologicznych, predyktywnych algorytmów i wykorzystywaniu tych danych do redukcji przestępczości na ulicach³¹. Dokonywanie prognoz to połowa zadania, drugą stanowi przygotowanie i przeprowadzenie in-

²⁸ Proactive..., op. cit., s. 2-5.

²⁹ J.H. Ratcliffe, *What is the Future of Predictive Policing?*, „Translational Criminology” Spring 2014, s. 4-5.

³⁰ W.L. Perry et al., *Predictive Policing. The Role of Crime Forecasting in Law Enforcement Operations*, Washington 2013.

³¹ A.G. Ferguson, *Predictive Policing and Reasonable Suspicion*, „Emory Law Journal” 2012, Vol. 62, No. 2, s. 259-325.

terwencji zgodnej zarówno z tymi prognozą, wiedzą na temat możliwości rozwoju, jak i zgodnie z policyjnymi standardami.

Monitoring wizyjny (*closed circuit television* - CCTV) to ostatnia strategia proaktywna wyróżniona w kategorii oddziaływania na określone miejsce. Nazwanie monitoringu strategią wywołuje wiele obaw, czy pojęcie „strategia” nie jest w tym przypadku interpretowane zbyt szeroko, czy nie staje się zbyt pojemne, bo w przypadku CCTV odnosi się do działań znacznie bardziej skonkretyzowanych niż zwykle przyznaje się strategii. System monitoringu może być stosowany reaktywnie do ustalenia sprawcy dokonanej już przestępstwa. Prewencyjne oddziaływanie monitoringu polega na odstraszeniu potencjalnego sprawcy przez zwiększenie ryzyka wykrycia przestępstwa, które zamierza popełnić, oraz przekonaniu o szybkości i nieuchronności potencjalnej reakcji organów formalnej kontroli społecznej. Poza przypadkiem, gdy sama wiadomość o działaniu kamer ma działać odstraszaюще, monitoring może działać proaktywnie także w ten sposób, że dochodzi do „podglądu podejrzanych sytuacji czy nieporządku, na które policja mogłaby odpowiedzieć, zanim ta sytuacja przekształci się w kryminalny incydent”³². Takie wykorzystanie monitoringu wizyjnego wymaga obserwowania zdarzeń przez operatora i wysłania patrolu w momencie, gdy podejrzane działania stają się bardzo prawdopodobne. Ustalenie, czy doszło do takiej sytuacji jest trudne, stąd też uznanie ich liczby jako wskaźnika skuteczności monitoringu staje się kontrowersyjne w wielu przypadkach. Prewencyjne oddziaływanie może nastąpić także przez interwencję w chwili, gdy naruszenie prawa właściwe nie jest dokonywane. Czasem operator monitoringu przez megafon ostrzega przed nieprawidłowym zachowaniem, np. przekroczeniem granicy terenu chronionego czy wejściem na jezdnię przy czerwonym świetle. Stosowane są także różnorodne czynniki rozwoju, np. ciągła obserwacja wyłącznie w czasie większego zagrożenia, np. w weekendy czy wieczorami.

Strategie oparte na rozwiązywaniu problemów (*problem-solving*) polegają na identyfikowaniu problemów stanowiących źródło powtarzających się przestępstw oraz naruszeń porządku. Niekwestionowanym ojcem tej koncepcji jest Herman Goldstein z klasycznym artykułem z 1979 r.³³ Autor w krytyce standardowego modelu podnosił zarzut, że policja tak mocno skupiła się na posiadanych narzędziach i ich doskonaleniu, że zapomniała o celach, dla jakich została powołana i dla których doskonalili swoje metody. Policja powinna postawić w głąb modelu

³² *Proactive...*, *op. cit.*, s. 2-9.

³³ H. Goldstein, *Improving Policing. A Problem-oriented Approach*, „Crime & Delinquency” 1979, Vol. 25, No. 2, s. 236-258.

SARA (*scan-analysis-response-assessment*). Po zdiagnozowaniu zjawiska, jego skali, występowania, wagi konsekwencji itp. następuje analiza przyczyn, wybór i zastosowanie odpowiednich do tych przyczyn metod oddziaływania, zarówno w odniesieniu do potencjalnych sprawców, ofiar, jak i środowiska, a następnie ocena podjętych działań³⁴. W zależności od okoliczności różne metody policyjnego działania mogą być wybierane³⁵; od aresztowania sprawcy i modyfikowania fizycznego środowiska do zaangażowania w działania podejmowane wspólnie z członkami wspólnoty lokalnej. Policja powinna zatem poszukiwać metod działania odpowiednich do rozwiązywania powtarzających się problemów, a nie czekać na telefony z prośbą o interwencję w konkretnym przypadku. Wiedza na ten temat może być zdobyta, zapoznając się z teoriami analizującymi wpływ okazji do popełnienia przestępstw (*criminal opportunity*), np. z teorii racjonalnego wyboru i teorii rutynowych czynności. Wydaje się, że w stosunku do opisanej za Tilleyem charakterystyki POP zmiany są nieznaczne. Schemat SARA to uniwersalny model działania, jaki może być skonkretyzowany w odniesieniu do różnych zagrożeń (ryzyka, problemów). Należy podkreślić, że strategia skoncentrowana na rozwiązywaniu problemów wyrosła w przeszłości z zainteresowania kwestią rozwiązywania problemów w społecznościach lokalnych (COP).

Do strategii proaktywnych policji, które mają działać przez rozwiązywanie problemów, zaliczono trzy: POP; *third party policing*; *proactive partnering*³⁶. Zaangażowanie trzeciej strony w wykonanie zadań policyjnych polega na rozwiązywaniu problemów przy zaangażowaniu osób, instytucji lub innych podmiotów, które obok policji są postrzegane jako ważni aktorzy w zapobieganiu przestępstwom i nieporządkowi. Wywodzi się z oceny, że policja nie jest w stanie sama stawiać czoła problemom, z jakimi ma do czynienia. Przy czym nie chodzi wyłącznie o zjawisko wypełniania przez innych zadań zaliczanych tradycyjnie do policyjnych (*plural policing*). Takie „wtrącanie się” innych prowadzi czasem do konfrontacyjnych postaw policjantów, negujących w ogóle występowanie

³⁴ Jako jeden z obrazowych przykładów zastosowania tego modelu wskazać można program przeciwdziałania graffiti w jednej z dzielnic San Diego, który otrzymał w 2000 r. nagrodę im. H. Goldsteina; zob. *Graffiti Prevention and Suppression - Winning Project*, San Diego Police Department, dostępna na: www.popcenter.org [stan na: 20.01.2018].

³⁵ *Proactive*., *op. cit.*, s. 2-10.

³⁶ *Ibidem*, s. 2-13; termin „proaktywne partnerstwo” jest stosowany czasem dla oznaczenia koalicji dla bezpieczeństwa, choć wydaje się, że wiążące znaczenie odgrywa w nauce o zarządzaniu. Nie jest w raporcie bliżej opisywane poza uwzględnieniem nazwy w wyżej zamieszczonej tabeli, dlatego w tym tekście tak jest nie będzie szerzej rozwijane.

takiej tendencji we współczesnym świecie. W strategii partnerstwa z trzeciej strony policja zaprasza do współpracy takie instytucje jak szkoły, organy probacyjne, stowarzyszenia, rady mieszkańców, reprezentantów prywatnego biznesu czy klubów sportowych. CPTED (*crime prevention through environmental design*), czyli zapobieganie przestępstwom poprzez kształtowanie przestrzeni, jest zaliczane do form *third party policing*³⁷. Do tego katalogu można ponadto włączyć stosowanie środków typowych dla prawa cywilnego i administracyjnego oraz korzystanie z pomocy organów samorządu lokalnego czy z zasobów prywatnych firm ochrony i mienia. Implementowanie *third party policing* może ułatwić rozpoznanie, w jakim stopniu funkcje kontroli społecznej wypełniają efektywnie instytucje inne niż policja. Z przestępstwom można skuteczniej walczyć przez koordynację działań z tymi instytucjami, zamiast ograniczać się do stosowania środków typowych dla prawa karnego³⁸.

Za najbardziej symptomatyczne dla nowego myślenia o proaktywnych strategiach policji uważam wyodrębnienie typu strategii skoncentrowanych na osobie, a nie na osobie (potencjalnego) sprawcy (*person-focused*). Wykrycie oraz aresztowanie sprawcy przestępstwa stanowiły podstawowe zadania w standardowym modelu policji. Zaliczenie działań podejmowanych wobec sprawców do strategii proaktywnych wynika z przyjęcia, że proponuje się rozszerzone podejście do takich osób. Strategia sfokusowanego odstraszenia (*focused deterrence*, stosuje się te nazwy *pulling levers*) polega na ograniczeniu szczególnej uwagi policji na małej liczbie wielokrotnych przestępców. W działaniach prewencyjnych czerpie się z udokumentowanej wiedzy na temat kumulacji przestępstw w niewielkiej części kryminalnej populacji. Analogicznie jak w odniesieniu do koncentracji działań na przestępstwach na niewielkim obszarze zaobserwowano bowiem, że niewielki procent sprawców popełnia dużą część przestępstw. Przykładowo 6% nieletnich sprawców objętych badaniami Marviniego Wolfganga, Roberta Figlia oraz Thorsteina Sellina w 1972 r., była odpowiedzialna za 55% wszystkich czynów bezprawnych dokonywanych przez nieletnich³⁹. Takie proporcje prowadziły badaczy do wniosku, że generalne odstraszenie skierowane do wszystkich jest niewystarczające i musi zostać uzupełnione o indywi-

³⁷ *Ibidem*, s. 2-9.

³⁸ W literaturze anglojęzycznej por. przykładowo: L. Mazerolle, J. Ransley, *The Case for Third-party Policing*, [w:] *Police Innovation. Contrasting Perspectives*, eds D.L. Weisburd, A.A. Braga, New York 2006, s. 191-206.

³⁹ Cyt. za: *Proactive...*, *op. cit.*, s. 2-13; w raporcie zamieszczono także inne przykłady podobnych badań.

dualne odstraszanie skierowane do niewielkiej kategorii wielokrotnych sprawców, wobec których należy użyć nowych, bardziej stanowczych metod, na jakie tylko pozwala prawo. W praktyce jest często wprowadzana w kombinacji z metodami typowymi dla POP. Obejmuje działania, które służą w wiadomieniu tym osobom, że żadne kolejne przestępstwo nie pozostanie bez reakcji państwa. Typowe dla tej strategii są bezpośrednie spotkania policjantów lub opiekunów z tymi osobami, niejednokrotnie w formie specjalnego forum z udziałem sprawców oraz ich rodzin. Takim odstraszającym działaniem towarzyszą różne formy ułatwiania życia w społeczeństwie, jak pomoc w zdobyciu wykształcenia, pracy, przezwyciężenia nałogów itp., za pomocą organów probacyjnych, Kościołów i społeczno-ci lokalnych czy też byłych przestępców. Ta sfokusowana interwencja ma na celu zwikszenie pewności, szybkości oraz surowości kary za przestępstwo. W praktyce w USA strategia jest stosowana głównie w stosunku do członków narkotykowych gangów, grup dokonujących przestępstw z udziałem broni itp.

Do kategorii strategii skierowanych do konkretnych osób zaliczono również jedną z najbardziej kontrowersyjnych w USA strategii, czyli *stop, question and frisk* (SQF - zatrzymaj, przepytaj, przeszukaj⁴⁰), mającą zastosowanie w sytuacjach uzasadnionego podejrzenia. Legalność takiego postępowania policji utwierdziła przełomowa decyzja Sądu Najwyższego z 1968 r. w sprawie *Terry v. Ohio*⁴¹. Zgodnie z tym orzeczeniem policja może zatrzymać osobę na podstawie uzasadnionych podejrzeń, że zmierza ona do popełnienia, jest w trakcie popełniania przestępstwa albo właściwie dokonała przestępstwa. Jeżeli zachodzi dodatkowo uzasadnione podejrzenie, że osoba jest uzbrojona i stanowi zagrożenie, policja może dokonać przeszukania zatrzymanej osoby. Choć w tej ocenie czynniki sytuacyjne są ważne, to zatrzymanie nie będzie zgodne z prawem bez nawiązania do (uwzględnienia) zachowania zatrzymywanej osoby. Niektóre miasta używają tej strategii do zmiany postrzeganego ryzyka zaangażowania się w konkretne określone typy przestępstw, takie jak narkotykowe i z broni⁴². Nie można wykluczyć, że podkreślanie proaktywnych funkcji SQF jako form prewencyjnego odstraszania potencjalnych sprawców może zachęcać policjantów do jej

⁴⁰ *Ibidem*, s. 2-15.

⁴¹ Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego USA: „Police may perform a frisk (or pat-down) on an individual if, during a lawful stop, they have reasonable suspicion that the person is armed and dangerous. A frisk is a limited search of the person's outer clothing for the purpose of discovering weapons” (*Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 [1968]).

⁴² *Proactive*, *op. cit.*, s. 2-16.

stosowania. Choć autorzy raportu traktują SQF jako strategię skoncentrowaną na jednostce, to może być ona traktowana jako strategia skoncentrowana na miejscu⁴³.

Krytyka stosowania SQF opiera się na zarzutach, że wywiera negatywny wpływ na społeczności lokalne, koncentruje uwagę policji na młodych niebiałych mężczyznach, wywołując w efekcie dyskryminację niektórych obywateli lub ich kategorii w określonych społecznościach. Sąd w Nowym Jorku uznał w 2013 r., że nowojorska policja, stosując strategię SQF, działała częściowo niekonstytucyjnie i ograniczył jej stosowanie⁴⁴.

Strategie, w których działania prewencyjne zorientowane są na społeczności lokalne (*community-oriented*), charakteryzuje nawiązanie relacji między zdecentralizowaną policją a mieszkańcami, wspólne poszukiwanie oraz wykorzystywanie zasobów celem diagnozy przestępstw (i nieporządku) oraz skuteczne ich kontrolowanie. Moje pierwsze wrażenie związane z tą typologią to, że strategia COP, która była przez wiele lat jedną z dominujących i bardzo popularnych strategii policyjnych na świecie, została w 2017 r. w USA „zdegradowana” do jednego z jedenastu wyróżnionych w raporcie typów, a wśród strategii odnoszących się do społeczności lokalnych jest jedną z trzech uznanych za wartę analizy. Powody tej sytuacji są złożone, ale nie można odmówić autorom raportu słuszności przy podjęciu takiej decyzji. Jednocześnie nie po raz pierwszy w tym katalogu proaktywnych strategii policyjnych zetknęłam się z koncepcją sprawiedliwości proceduralnej⁴⁵. W związku z tą koncepcją, jak też z kilkoma innymi, których kontrowersyjność sygnalizowałam wcześniej, można wyrazić obawę, czy poszerzanie kategorii proaktywnych strategii policyjnych, jakiej dokonano w omawianej publikacji nie grozi zatraceniem jej specyficznych cech oraz osłabieniem pewnego „wszystkoizmu”. Proaktywne strategie policyjne w społecznościach lokalnych, do jakich wcześniej zaliczano COP oraz ewentualnie POP, w raporcie z 2017 r. zostało rozwinięte do trzech form: współpracy policji ze społecznościami lokalnymi (COP), sprawiedliwości procedu-

⁴³ D. Weisburd, C.W. Telep, B.A. Lawton, *Could Innovations in Policing have Contributed to the New York City Crime Drop even in a Period of Declining Police Strength? The Case of Stop, Question and Frisk as a Hot Spots Policing Strategy*, „Justice Quarterly” 2014, Vol. 31, No. 1, s. 129-153; por. też A. Wooditch, D. Weisburd, *Using Space-time Analysis to Evaluate Criminal Justice Programs. An Application to Stop-question-frisk Practices*, „Journal of Quantitative Criminology” 2016, Vol. 32, No. 2, s. 191-213.

⁴⁴ Proactive., *op. cit.*, s. 2-17.

⁴⁵ Monografia na temat tej koncepcji zatytułowana *Sprawiedliwość i prawomocność. O społecznej legitymizacji władzy s downicznej* opublikował socjolog St. Burdziej (Toruń 2017).

ralnej (*procedural justice*) oraz teorii wybitych szyb (*broken windows*). Najogólniej ujmując, chodzi o strategie, w których to obywatele, a nie policja, są mobilizowani do zapobiegania przestępstwom oraz produkcji publicznego bezpieczeństwa. Choć w konkretnych programach stosuje się je wspólnie z POP czy *hot spots*, to te kategorie wyróżniają cel oddziaływania, jaki stanowi społeczność lokalna.

Popularność strategii (i filozofii) COP w drugiej połowie XX w. czerpała swój siłę m.in. z wcześniejszego konfliktu między policją a społeczeństwem, diagnozowanym w USA już w latach 60. Nadzieje związane ze współdziałaniem z obywatelami wywodziły się z przekonania, że społeczność lokalna stanowi kluczowy element kontroli przestępstw i dzięki jej roli w zapobieganiu przestępstwom. Tradycyjne wskaźniki skuteczności policji wzbogacono o ocenę zdolności angażowania społeczności lokalnych do kolektywnych akcji prewencyjnych celem kształtowania społecznej odporności, rozwiązywania lokalnych problemów, redukowania strachu przed przestępstwem oraz poprawy wizerunku policji, wzmacniania infrastruktury dla koprodukcji bezpieczeństwa i zapobiegania przestępstwom⁴⁶. Podstawową przyczyną powstania i celem COP była poprawa stosunków policji ze społeczeństwem, a przy tym te ograniczanie przestępstw, choć nie był to cel podstawowy. Jeśli redukcja przestępstw uznawana jest za tradycyjny wskaźnik standardowego modelu policji, to w takim kontekście redukcja przestępstw była w tym celu COP, tylko jego osiągnięcie było inaczej rozumiane; to obywatele we współpracy z policją, której ufają, ograniczają przestępstwa głównie przez prewencję, która jest przede wszystkim rozumiana jako wspólne rozwiązywanie problemów. Ze względu na swe idee i cele COP stała się atrakcyjna zarówno dla państwa, jak i polityków różnych szczebli oraz obywateli o społecznych aspiracjach. Z biegiem czasu odkrywano nowe metody osiągnięcia pierwotnych celów, a grupy sił społecznej pomocy oraz patroli policjantów z obywatelami traciły na popularności. Nadzieje na wzmocnienie nieformalnej kontroli społecznej mieszkańców inspirowały do poszukiwania kolejnych form oddziaływania, jakie miały prowadzić do wzmocnienia kolektywnej reakcji na zachowania stanowiące źródło zagrożenia, zachowania ryzykowne czy pozostawianie młodych ludzi bez kontroli. COP pełni istotną rolę w redukowaniu strachu, a przez to może obniżyć niebezpieczeństwo wycofywania się i izolacji obywateli. Są to dwa istotne czynniki, które

⁴⁶ Na temat założeń koncepcji *community policing* (*community-oriented policing*) oraz w tym kontekście związanych z tym nurtem myślenia o policji w latach 90. XX w. por. J. Czapska, *Nowa filozofia policji - community policing*, [w:] *ibidem*, J. Wójcikiewicz, *Policja w społeczeństwie obywatelskim*, Kraków 1999, s. 120-164.

pozostawione bez kontroli mogą prowadzić do dalszych przestępstw i nieporządku⁴⁷.

W XXI w. popularność COP wyraźnie się zmniejszyła. Z jednej strony szok wywołany tragedią 11 września 2001 r. przyczynił się do głębokiego rozczarowania, a mimo współpracy policji z obywatelami, rozwijanej intensywnie w całym kraju, nie udało się tragedii zapobiec. Rozczarowanie pogłębiała krytykowana od samego początku niedookreślona COP i poważne trudności w diagnozowaniu jej skuteczności. Ponadto wraz z rozwojem techniki oraz badaniami nad zarządzaniem w policji arsenał metod i narzędzi, jakimi może dysponować policja, ulega poszerzaniu. Wśród specjalistów policyjnych zaczęły pojawiać się oczekiwania na pojawienie się nowej wielkiej koncepcji (*new big thing*) w skutecznej walce policji z przestępczością. Niektórzy decydenci i donatorzy zwracają się ku nim z nadzieją na nowy sukces⁴⁸.

Koncepcja sprawiedliwej proceduralnej została zaliczona do proaktywnych strategii skoncentrowanych na społeczności lokalnej, przy czym charakteryzowano ją raczej jako „bardziej współczesną organizacyjną innowację”. Jak wyjaśniono: „Podobnie jak COP ta strategia tak i zakłada, że policja nie może działać z powodzeniem w zakresie kontroli przestępczości bez wsparcia społeczeństwa (*public*). Jednakże w swych wysiłkach dotyczących zmiany publicznej relacji z policją, sprawiedliwa proceduralna koncentruje się na tym, jak policja traktuje społeczeństwo jako jednostki w codziennych kontaktach”⁴⁹. W tym porównaniu COP traktuje się jako strategię, która koncentruje się głównie na oferowaniu społeczności rezultatów (produktów), jakich potrzebuje, np. większego bezpieczeństwa, lepszego serwisu policyjnego, który nie ogranicza się do przestępczości, większej otwartości na indywidualne potrzeby. Sprawiedliwa proceduralna ogniskuje się na dostarczeniu społeczeństwu procesu podejmowania policyjnej decyzji odpowiedniej jako takiej, w której manifestuje policyjny szacunek dla ludzkiej godności. Policja ma postawę wobec obywateli *fair*, czyli w sposób sprawiedliwy, należyty, równy, poprawny. Ta droga kształtuje się w obywatelach przekonanie, że mogą wyrażać się w sposób nieskrępowany, stosuje się wobec nich legalne, neutralne procedury, a ludzie traktowani są z respektem. W konsekwencji obywatele uznają, że policja jest godna zaufania. Zaufanie ma podstawowe znaczenie dla akceptowania dyskrecyjnych decyzji policjantów. Proceduralna sprawiedliwość w odniesieniu do zachowania policjantów nie powinna być zatem ograniczana do właściwego policyjnego zachowania.

⁴⁷ *Proactive*., *op. cit.*, s. 2-19.

⁴⁸ D. Sklansky, *The Persistent*., *op. cit.*, s. 2.

⁴⁹ *Proactive*., *op. cit.*, s. 2-21.

wania, ale rozumiana jako strategiczne podejście, które wzmacnia legitymizację policji, skłania obywateli do zachowania zgodnego z prawem, wzmacnia porządek i bezpieczeństwo w miejscach publicznych, a w dalszej perspektywie - ogranicza przestępczość⁵⁰.

Inaczej niż *COP procedural justice* nie polega więc na szukaniu metod angażowania społeczeństwa w koprodukcję bezpieczeństwa, ale raczej szuka możliwości wpajania poszczególnym obywatelom i szerszej społeczności przekonania, że policja sprawuje swój władz (*exercise their authority*) w legitymizowany sposób. Gdy obywatele akceptują legitymizację policji, są bardziej skłonni nie tylko szanować policyjną władz (*authority*) dziś, ale też współpracować z policją w przyszłości. Idea proaktywnego działania policji przez zachowanie standardów sprawiedliwości proceduralnej oznacza zatem, że policja kształtuje pozytywne opinie obywateli na temat policyjnego działania (*fair, lawful*), a te opinie kształtują legitymizację policji, nie tylko pośród osób, które się z policją zetknęły, ale także w szerszych kręgach społeczeństwa dzięki wykorzystaniu kanałów pośredniego oddziaływania.

Zaliczenie proceduralnej sprawiedliwości do strategii komunalnych wynika z następującego sposobu myślenia: jeżeli policja w ten sposób może kształtować postawy w społeczności lokalnej w sytuacjach, które mogą kreować konflikty lub kryzysy, to może proaktywnie wpływać na to, co wydarzy się w przyszłości. Przykładowo, strategia może mieć na celu tworzenie klimatu, w którym społeczeństwo będzie bardziej skłonne do szanowania policyjnej władzy, w której ludzie chętniej będą przestrzegać prawa także w pewnym zakresie wykazywać wiśskę skłonności do przestrzegania prawa⁵¹ i pomagać wykrywać sprawców przestępstw. Czasami takie poprawne zachowania policjantów mogą stanowić reakcję na telefony obywateli i w tym sensie będą reaktywne. Ale mogą też pojawić się w czasie spotkań ze społecznościami lokalnymi oraz podczas innych kontaktów policji z mieszkańcami, które nie stanowią reakcji na wydarzenia z przeszłości. Policja działa proaktywnie, gdy podejmuje różne działania wzmacniające zaufanie społeczności lokalnej. Proceduralna sprawiedliwość służy osiągnięciu długoterminowych celów w zakresie policyjnej legitymizacji.

⁵⁰ T.R. Tyler, P.A. Goff, R.J. MacCoun, *The Impact of Psychological Science on Policing in the United States. Procedural Justice, Legitimacy, and Effective Law Enforcement*, „Psychological Science in the Public Interest” 2015, Vol. 16, No. 3, s. 75-109.

⁵¹ Na temat bardzo złożonych relacji między sprawiedliwością proceduralną a gotowością do przestrzegania prawa pisze: J. Czapska, E. Radomska, D. Wójcik, *Legitymizacja policji w Polsce na tle europejskich badań empirycznych*, „Archiwum Kryminologii” 2015, t. 37, s. 71-100.

Ostatni koncepcję zaliczon do strategii skierowanych do społeczności lokalnych jest strategia *broken windows*⁵². Opiera się na odmiennych założeniach odnośnie do skutecznego kontrolowania przestępczości. Jej zwolennicy nie rozważają koprodukcji bezpieczeństwa wspólnie ze społecznością lokalną ani kształtowania przez policję wizji służyć by legitymizowanej, lecz rozważają, co policja powinna zrobić, aby w warunkach osłabienia nieformalnej kontroli społecznej promować społeczny porządek i budować warunki, które pozwolą naturalnym społecznościom wychodzić z kryzysu⁵³. Koncepcja *broken windows* opiera się na założeniu, że istnieje związek między nieporządkiem a przestępczością. W związku z tym policja powinna zwracać uwagę na narastające oznaki nieporządku, jakie mogą zagrażać rozwojowi społeczności lokalnych, a jakich policja działająca wg standardowego modelu nie uwzględniała dostatecznie w swoich programach. Wiele niezauważonych, niewywołujących reakcji policji drobnych zdarzeń może bowiem wywołać upadek kontroli społeczności lokalnej i doprowadzić - również przez konsekwencje narastającego strachu przed przestępczością - do rozwoju poważniejszej przestępczości. Taka lawina zostaje uruchomiona, ponieważ policja i obywatele nie pracują nad powstrzymaniem urbanistycznego rozpadu oraz społecznego nieporządku⁵⁴.

Od pierwszego, inicjującego koncepcję publicystycznego artykułu Wilsona i Kellinga z 1982 r. przeprowadzono wiele badań na temat weryfikacji tej koncepcji⁵⁵. Realizacja strategii *broken windows* przyjmuje w praktyce formy, które służą temu samemu celowi: przeciwdziałaniu procesom nieporządku, zanim one przewyższą zdolności społeczności lokalnej do utrzymania spokoju. Dwie podstawowe formy, stosowane razem albo oddzielnie, to: agresywne działanie policji z zastosowaniem aresztu wobec drobnych naruszeń prawa, aby zapobiegać przestępczości, lub użycie metod typowych dla POP albo COP, aby zmieniać warunki (*disorderly conditions*), które mogą przyczyniać się do wzrostu przestępczości. Niewątpliwie na społeczny odbiór koncepcji *broken windows* wpływa wywodzony z tych założeń program „zero tolerancji”, wprowadza-

⁵² G. Kelling, C.M. Coles, *Wybite szyby. Jak zwalczyć przestępczość i przywrócić ład w najbliższym otoczeniu*, tłum. B. Ludwiczak, Poznań 2000.

⁵³ *Proactive*., *op. cit.*, s. 2-24.

⁵⁴ Por. przykładowo: D. Weisburd, A. Braga, *Introduction. Understanding Police Innovation*, [w:] *Police Innovation. Contrasting Perspectives*., *op. cit.*, s. 14-15.

⁵⁵ Aktualny przegląd rozwoju i badań na temat tej koncepcji zawiera artykuł: D. Weisburd *et al.*, *Understanding the Mechanisms Underlying Broken Windows Policing. The Need for Evaluation Evidence*, „Journal of Research in Crime & Delinquency” 2015, Vol. 52, No. 4, s. 589-608.

dzony w Nowym Jorku w 1993 r. przez szefa policji Williama Brattona i burmistrza Rudy'ego Giulianiego.

Mo na zgłosi w tpiwo ci, po co w ksi ce dedykowanej uznanemu reformatorowi polskiej policji rozwa a modn w drugim dziesioleciu XXI w. ameryka sk koncepcj proaktywnego ujmowania dziaalnoci policji. Lubimy my le i powtarza , e skuteczna strategia policyjna powinna odpowiada specyficznym lokalnym warunkom oraz wykorzystywa dobre praktyki, wyniki bada oraz teoretyczne koncepcje rozwijane na wiecie. Wybór tematu dla tej publikacji wynika z wielkiego prawdopodobie stwa, opartego na obserwacjach, e procesy zachodzące w USA nie ogranicz swego oddziaływania do tego kraju i znajduj ju teraz lepsze lub gorsze odzwierciedlenie w wielu innych krajach. Wielokrotnie w historii okazało si , e policyjne nowoci z USA, mimo wielu kulturowych organizacyjnych i prawnych odrbno ci, silnie oddziałuj na policje innych krajów, a minimalistyczny scenariusz korzystania z tych wzorów polega na powtarzaniu ogólnych haseł czy bezrefleksyjnego powielania wybranych metod działania.

W 2012 r. Antoinette Verhage i Paul Ponsaers w artykule poświęconym współczesności i przyszłości strategii policji zorientowanej na rozwiązywanie lokalnych problemów przez policj wspólnie z mieszkańcami (COP) zauważyli w podsumowaniu, e zaczynaj współcześnie dominować nowe typy policji⁵⁶. Próby konsolidowania i integrowania badań w zakresie COP, POP, analizy kryminalnej i mapowania przestępczości ustąpiły publikacjom i staraniom mającym niezaprzeczalnie prewencyjny charakter, ale podkreślającym wagę agresywnych form działania policji. Ta argumentacja wspiera milcząco obserwacja, e przywoływana kilkakrotnie książka na temat policyjnych innowacji z 2006 r.⁵⁷ zawiera bardzo niewiele komentarzy na temat negatywnych czy destrukcyjnych wpływów tych typów policji na porządek, sprawiedliwość i społeczność lokalną⁵⁸. W prognozowaniu rozwoju strategii policyjnych w przyszłości uwzględniałyby ponadto informacje na temat rozwoju przestępczości w USA. W ostatnich dwóch dekadach przestępczość malała. Według ustaleń z ostatnich lat (2015-2016) ta tendencja się zmienia. Statystyki sygnalizują wzrost przestępczości z użyciem przemocy w tych dwóch latach przy dość niewielkim spadku przestępczości wobec mienia⁵⁹.

⁵⁶ A. Verhage, P. Ponsaers, *Community Policing*, *op. cit.* oraz cyt. tam literatura.

⁵⁷ *Police Innovation. Contrasting Perspective*, *op. cit.*

⁵⁸ A. Verhage, P. Ponsaers, *Community Policing*, *op. cit.*, s. 10.

⁵⁹ *2016 Crime Statistics Released. Violent Crime Increases, Property Crime Decreases*, FBI, dostępne na: www.fbi.gov [stan na: 20.01.2018].

Zgadzam się z diagnozą, że wśród proaktywnych strategii policyjnych coraz większe wpływy osiąga koncepcje o agresywnym charakterze, które zwiększają prawdopodobieństwo negatywnych konsekwencji dla obywateli. Wobec tej tendencji podstawowe znaczenie w charakterystyce strategii proaktywnych policji powinno mieć kryterium stopnia możliwego zagrożenia dla praw człowieka. W tej sytuacji jako przedstawicielka nauki o policji czuję się w obowiązku zakończyć ten artykuł osobistym wezwaniem:

Panie Profesorze, jest Pan nam bardzo pilnie potrzebny!

Co prawda reforma to stan permanentny dla policji, ale jak starałam się wykazać, przed nami trudny czas, tym bardziej jest prognoza sformułowana w artykule ograniczona wyłącznie do analizy możliwych wpływów amerykańskiej kultury policyjnej. Z jednej strony - wobec współczesnego rozwoju metod analizy i zbiorów dostępnych informacji - za nieuchronne uważam dalsze fokusowanie (koncentrowanie) odpowiednio dobranych działań policyjnych na określonych kategoriach czy grupach ludzi i/lub na określonym obszarze. Jednak jest nieustannej czujności wymaga zachowanie w działaniach policji dopuszczalnej granicy między prewencją rozumianą jako społeczne oddziaływanie na źródła przestępczości i nieporządku od prewencji polegającej na bezpośrednim ograniczaniu prywatności i wolności człowieka. Tak granicę w sposób bezsporny można na jednak jest wyznaczyć wyłącznie na poziomie formułowania ogólnych celów.

Małgorzata Czermi ska

Die Europäische Union als Handelsgroßmacht in einem Drei-Mächte-System. Ein theoretisches Modell¹

Wozu ein Handelsmächte-Modell? - Eine Einführung

Seit dem Fall des „Eisernen Vorhangs“ findet auf dem Weltmarkt eine Neuorientierung statt. Wenn wir angesichts des sich noch immer entwickelnden neuen Weltmarktes von Handelsgroßmächten sprechen wollen, dann denkt die Mehrzahl sicher zunächst an die Europäische Union und die USA. Der chinesische Anteil am Welthandel ist aber auch schon beträchtlich und die rasante Entwicklung in China gibt zunehmend zu denken. Der Kapitalismus steuerte seit 1990 rasant auf seine Vollendung zu. In vielen Köpfen spukte bereits das Gespenst eines zukünftigen Europas, das zentralistisch regiert die wirtschaftspolitischen Aspekte in den Vordergrund rückt. Dass diese Entwicklung so schnell voranging, lag daran, dass die Politik ihr den Weg ebnete. Zuletzt hat sich allerdings eine Gegenströmung entwickelt, die der Globalisierung einige Rückschläge einbrachte. Großbritannien tritt aus der EU aus, Donald Trump legte den vieldiskutierten TTIP-Vertrag einfach auf Eis und Russland stellt sich seit Jahren durch eine extrem nationalistische Politik selbst ins Abseits². In vielen Staaten der westlichen Welt ist seit einigen Jahren zu beobachten, dass konservative Kräfte auf dem Vormarsch sind. Für diese hat der Schutz des eigenen Marktes höhere Priorität, als neue Handelsabkommen. Das Beispiel der USA hat dies sehr

¹ Vgl. hierzu die Ausführungen in: M. Mommsen, *Russland - nur virtuelle Großmacht in einer multipolaren Welt?*, [in:] *Macht und Mächte in einer multipolaren Welt*, Hrsg. M. Piazzolo, Wiesbaden 2006, S. 79.

² Ebenda.

deutlich werden lassen. Geht die Entwicklung nun wirklich weg vom weltweiten, gemeinsamen Markt? Werden nationalistische Interessen die Globalisierung stoppen? Im Moment erscheint das möglich. Es ist reine Spekulation, wohin die aktuelle Entwicklung führen könnte, aber eine Möglichkeit wäre, dass mehrere Handelsgrößmächte entstehen, die untereinander um die Anteile auf dem Weltmarkt konkurrieren. Inspiriert von dieser möglichen Entwicklung auf dem Weltmarkt entstand das hier beschriebene theoretische Modell eines Drei-Mächte-Systems. Es beruht in seinen Grundsätzen auf dem Mächtegleichgewicht, wie es von Kenneth Waltz, dem Begründer des Neorealismus, oder auch von John J. Mearsheimer beschrieben wurde. Waltz erwähnte schon im Jahre 1979, wie wichtig die ökonomische Macht eines Staates ist, bezog seine Theorien aber letztlich auf die politisch-militärische Ebene³. Mearsheimer betonte seinerseits, dass das Mächtegleichgewicht entscheidend sei für das Überleben der Staaten. Er warnte 2001 vor dem aufstrebenden China⁴. Michael Piazolo schrieb, dass „die wirtschaftliche Macht eines Staates nicht rein nach der Höhe des Bruttosozialproduktes bemessen werden kann [...] andere Faktoren, wie Ressourcenabhängigkeit, technisches Know-how, Arbeitskräftepotenzial [...] spielen eine nicht unerhebliche Rolle“⁵. Die Faktoren, die Piazolo anspricht, sind für eine Handelsgrößmacht, wie sie im folgenden Modell in Erscheinung tritt, Grundvoraussetzung. Die Vormacht auf dem Handelsmarkt sorgt automatisch dafür, dass Geld, Ressourcen, Know-how und Arbeitskräfte vorhanden sind. Eine Handelsgrößmacht hat hier einen entscheidenden Vorteil gegenüber kleineren Marktteilnehmern. Handelsgrößmächte haben auch einen Vorteil gegenüber militärischen Großmächten. Handelsgrößmächte bleiben immer handlungsfähig und können so ihre Macht ausbauen. Der Kalte Krieg hat gezeigt, dass militärische Großmächte ihre Kriege nur auf neutralem Terrain führen können, wie beispielsweise in Vietnam oder Afghanistan. Im direkten Duell sorgen die Atomwaffen für ein unumstößliches Gleichgewicht, das wiederum eine Pattsituation bewirkt. Unter diesen Rahmenbedingungen kommt hinsichtlich einer weltweiten Machtposition der Wirtschaft mehr Bedeutung zu, als dem Militär.

³ K.N. Waltz, *Theory of International Politics*, Long Grove 1979.

⁴ J.J. Mearsheimer, *The Tragedy of Great Power Politics*, New York 2001.

⁵ M. Piazolo, *Macht als Schlüsselbegriff der internationalen Ordnung - zur Einführung*, [in:] *Macht und Mächte in einer multipolaren Welt...*, op. cit.

Definitionen

Im Folgenden wird eine Theorie entwickelt, die veranschaulichen soll, in welchem Verhältnis drei Großmächte auf dem Welthandelsmarkt stehen könnten und welche Risiken und Chancen sich konkret für die Europäische Union als Großmacht in einem solchen Konstrukt ergeben könnten. Hierfür müssen zunächst einige Begriffe genau definiert werden.

Handelsgroßmacht und Machtverteilung: Wenn wir von Machtverteilung sprechen, gehen wir von Marktanteilen aus. Die Bezeichnung Großmacht ist zwar dem politisch-militärischen Bereich entlehnt, bezieht sich aber in dieser Theorie ausschließlich auf den Handel. Die drei Großmächte sind diejenigen, die mit großem Abstand die größten Anteile am Weltmarkt haben. Sie sind also die drei Handelsgroßmächte, die den Weltmarkt beherrschen.

Jede dieser Handelsgroßmächte ist zentralistisch regiert mit nur einer Entscheidungsgewalt. Innerhalb einer Großmacht gibt es keine untergeordneten Gremien oder Gruppierungen, die eigene Ziele verfolgen könnten. Wir sprechen also nicht von Blöcken (wie in Zeiten des Kalten Krieges) und auch nicht von Allianzen oder Koalitionen. So ist auch die Europäische Union nicht mehr als eine Koalition mehrerer Marktteilnehmer zu verstehen, sondern als zentral kontrollierte Wirtschaftsgroßmacht mit nur einer Entscheidungsgewalt bezüglich handelspolitischer Interessen. Wirtschaftspolitisch betrachtet hätte das Zusammenwachsen Europas in diesem Moment die Idealform erreicht. Diese, unter sozialpolitischem Aspekt betrachtet, sehr beunruhigende Entwicklung, würde die EU wirtschaftlich stärken.

Bei Vergleichen hinsichtlich der Stärke der Handelsgroßmächte wird immer der jeweilige Anteil an dem Teil des Weltmarktes zugrunde gelegt, den die drei Großmächte zusammen erschlossen haben. Marktanteile, die nicht von den Großmächten, sondern von kleineren Marktteilnehmern abgedeckt werden, sind in diesem Modell nur hinsichtlich der Möglichkeit der Erschließung neuer Märkte durch die drei Großmächte von Bedeutung. Durch welche Art von Geschäften die jeweiligen Marktanteile der Großmächte zustande kommen, ist für dieses theoretische Modell irrelevant.

Wichtig ist noch anzumerken, dass Handelsgroßmächte die gleichen Zielsetzungen haben und demnach in ihrer Handelspolitik sehr ähnlichen Grundsätzen und Strategien folgen. Damit unterscheiden sie sich von politischen Großmächten, wie wir sie beispielsweise aus der Zeit des Kalten Krieges kennen. Die damaligen Großmächte UdSSR und USA unterschieden sich stark in ihren politischen Ansätzen und Wert-

vorstellungen, was einen Vergleich der wirtschaftlichen Stärke beider Länder schwierig machte. Bei den Handelsgrößmächten gibt es keine solchen Unterschiede. Sie folgen alle den Gesetzen des gleichen Marktes und funktionieren hinsichtlich der Zielsetzungen und Strategien auf sehr ähnliche Weise. Das macht sie in hohem Maße berechenbar und vergleichbar.

Drei-Mächte-System: Wir gehen in der im Folgenden beschriebenen Theorie ausschließlich von einem Drei-Mächte-System aus. Es kann weder eine vierte Größe hinzukommen, noch eine der drei Mächte entfallen, sodass ein Zwei-Mächte-System entstünde. Jede der drei zentralistisch geführten Großmächte strebt nach dem größtmöglichen Marktanteil auf dem Weltmarkt. Es handelt sich also nicht um drei konkurrierende in sich geschlossene Märkte, sondern um einen weltweiten Markt, in dem alle drei Großmächte interagieren. Organisiert und geregelt wird dieser Markt noch immer durch die WTO (World Trade Organisation), ein Gremium, in dem die drei Großmächte zwar nicht allein sind, aber zusammen den entscheidenden Einfluss haben. In der Theorie wird davon ausgegangen, dass sich alle Marktteilnehmer entsprechend der WTO-Richtlinien verhalten und der Markt nicht in großem Stil gesetzwidrig manipuliert wird. Ferner wird jedwede plötzliche, nicht vorhersehbare Beeinflussung des Marktes von außen, wie beispielsweise durch Naturkatastrophen, in der Theorie nicht berücksichtigt.

Varianten der Macht- bzw. Marktverteilung

In einem Drei-Mächte-System gibt es verschiedene Möglichkeiten der Machtverteilung. Jede Verschiebung der Machtverteilung hat Auswirkungen auf die Stabilität des Systems und die Sicherheit der Märkte aller drei Mächte. Beginnen wollen wir die Betrachtung mit der Situation, in der alle drei Großmächte etwa gleich stark sind, also über die gleichen Marktanteile und den gleichen Einfluss auf dem Markt verfügen.

„Zero Point“ und Einführung der Faktoren

$$EU = A = B$$

Alle drei Großmächte haben in etwa die gleichen Marktanteile, den gleichen Einfluss auf dem Markt und die gleichen Entwicklungsmöglichkeiten. Daraus resultiert eine Patt-Stellung, in der sich niemand leicht einen Vorteil verschaffen kann. Aus dem Blickwinkel der Sicherheit und Stabilität des ganzen Marktes ist dies die sicherste Variante. Drei gleich starke Mächte werden sich auf einem regelkonform geführten Markt in

ihren Aktionen gegenseitig neutralisieren. Keine der drei Großmächte kann unversehens in ernsthafte Schwierigkeiten kommen. Ebenso ist es äußerst unwahrscheinlich, dass eine der Großmächte urplötzlich ein so gewaltiges Wachstum vorweist, das die anderen ins Hintertreffen geraten. Dafür ist der Markt in dieser Drei-Mächte-Struktur zu gleichmäßig aufgeteilt und die Interaktionen zwischen den Mächten zu starr geregelt und verflochten.

Im Rahmen dieses theoretischen Modells wird das eben beschriebene, absolute Kräftegleichgewicht in der Folge als „Zero Point“ bezeichnet. Er bildet die Basis für den Sicherheitsfaktor, der an dieser Stelle mit 0 definiert wird. Der Sicherheitsfaktor ist innerhalb dieses Modells ein Indikator für die Bedrohung, der der Handelsmarkt der EU angesichts der jeweiligen Machtverhältnisse ausgesetzt wäre. Je niedriger der Sicherheitsfaktor, desto größer ist die Gefahr, dass die EU Anteile am Weltmarkt verlieren und im Extremfall als Handelsgroßmacht verschwinden könnte. Der Sicherheitsfaktor wird für dieses theoretische Modell auf einer Skala von -10 (extrem gefährliche Konstellation) bis +10 (absolut sichere Konstellation) festgelegt.

Zusätzlich zum Sicherheitsfaktor sei ein Stabilitätsfaktor eingeführt. Dieser bezieht sich auf die Stabilität des Kräfteverhältnisses zwischen den drei Großmächten. Um den Sinn dieses Faktors zu verdeutlichen, sei an dieser Stelle die These aufgestellt, dass die Stabilität des Kräfteverhältnisses im direkten Verhältnis zur Stabilität des ganzen Marktgefüges steht. Je stabiler das Kräfteverhältnis zwischen den Großmächten ist, desto ruhiger ist die generelle Situation auf dem Weltmarkt, da keine der drei Großmächte im Speziellen unter Druck steht und somit niemand zu überstürzten Aktionen, Beschlüssen oder Koalitionen gezwungen wird. Der Stabilitätsfaktor wird im Folgenden in einer Skala von 1 (völlig instabil) bis 10 (absolut stabil) angegeben. Das stabilste Kräfteverhältnis ist am „Zero Point“. Deshalb wird an dieser Stelle der Stabilitätsfaktor mit 10 definiert. Jede Abweichung vom „Zero Point“ führt zwangsweise zu einem Sinken der Stabilität des Kräfteverhältnisses.

Beide Faktoren sind in ihrer Abweichung vom „Zero Point“ grundsätzlich ungefähre Angaben. Sie sind keine berechneten Werte, sondern spiegeln nur das Gesamtbild der Marktsituation ungefähr wieder. Eine absolute Genauigkeit ist für das theoretische Modell nicht vonnöten. Bei der Betrachtung der Plus- und Minusvarianten wird die Situation ausschließlich unter dem Aspekt der Marktanteile bewertet. Dies wird in der Folge als „starrs Kräfteverhältnis“ bezeichnet. Zu jeder Variante wird ein konkretes Beispiel angegeben, in welchem Verhältnis die

Anteile am Weltmarkt unter den Großmächten verteilt sind. Die Darstellung erfolgt in der Form, dass die Machtverteilung in Klammern angegeben wird, beispielsweise für die Variante $EU > A > B$ die Zusatzangabe (40/35/25). Die Zahlenangaben sind in Prozent und drücken die Marktanteile der Großmächte aus, in der Reihenfolge, in der sie in der Variante stehen. In diesem Fall ist das: $EU = 40\%$, $A = 35\%$, $B = 25\%$.

Bei den Betrachtungen der Varianten können leicht konkrete Marktsituationen im Kopf herumspuken, die entsprechend konkrete Reaktionen aller Marktteilnehmer bewirken. Für das theoretische Modell müssen wir allgemeiner denken. Wir betrachten zunächst nur das starre Kräfteverhältnis und gehen danach darauf ein, wie sich potenzielle Stärken der einzelnen Mächte oder marktwirtschaftliche Tendenzen auswirken können. Auf konkrete Details muss in einer theoretischen Arbeit im Sinne der Übersichtlichkeit verzichtet werden.

Plus-Varianten im starren Kräfteverhältnis

$EU > A = B$

EU hat hinsichtlich der Marktanteile einen Vorteil gegenüber den Konkurrenten A und B, die etwa gleich stark sind. Gehen wir zunächst davon aus, dass der Vorteil gering ist (etwa 36/32/32). Der kleine Vorsprung hinsichtlich der Marktanteile erleichtert EU die Situation hinsichtlich der Erhaltung der eigenen Marktanteile, bringt aber keinen allzu großen Vorteil gegenüber der Variante $EU = A = B$. Deshalb steigt der Sicherheitsfaktor nur geringfügig. Die Stabilität des Drei-Mächte-Systems wird ebenfalls wenig beeinflusst.

Sicherheitsfaktor: +1 / Stabilitätsfaktor: 9

Die zweite Möglichkeit wäre, dass EU einen deutlicheren Vorsprung vor den Konkurrenten hat (etwa 40/30/30). Wichtig ist in dieser Konstellation, dass A und B jeweils für sich allein betrachtet weit hinter EU zurückliegen, zusammen aber EU noch deutlich überflügeln. In beiden Beispielen der Variante $EU > A = B$ lässt sich erkennen, dass die Ausgeglichenheit zwischen A und B für eine Stabilität im Marktgefüge sorgt, die allen drei Großmächten gute Möglichkeiten zur Entwicklung eröffnet.

Sicherheitsfaktor: +3 / Stabilitätsfaktor: 8

$EU > A > B$

Die Staffellung kann unterschiedliche Züge haben. Nehmen wir zunächst an, dass die Unterschiede nicht allzu groß sind und in etwa einer Verteilung der Marktanteile von 36/33/31 entsprechen. Hinsichtlich der Sicherheit des Marktanteils der EU besteht kein Unterschied zur Variante $EU > A = B$ (36/32/32), da die kleine Staffellung hier keine direkte Auswirkung hat. Hinsichtlich der Stabilität verliert das System

einen Punkt, da die Wahrscheinlichkeit eines weiteren Auseinanderdriftens jetzt etwas größer ist.

Sicherheitsfaktor: +1 / Stabilitätsfaktor: 8

Interessanter wird es, wenn die Unterschiede größer sind. Betrachten wir eine Verteilung der Marktanteile in 43/35/22. EU könnte versuchen, mit einem Handelsabkommen die schwächste Macht B an sich zu binden, um den Einfluss im gemeinsamen Gremium zu erhöhen und den ersten Schritt in Richtung einer Monopolstellung zu schaffen. Im Sinne der Erhaltung des Drei-Mächte-Systems sollte A darauf achten, dass B unabhängig bleibt und nicht weiter abfällt. EU hat als stärkste Macht dieses Systems als einziger Marktteilnehmer noch einen Sicherheitsfaktor oberhalb des „Zero Points“.

Sicherheitsfaktor: +3 / Stabilitätsfaktor: 4

$EU < A + B$

Diese Variante beruht darauf, dass EU deutlich die stärkste Macht auf dem Weltmarkt ist und allein fast so viele Marktanteile hält, wie A und B zusammen. Die handelspolitische Macht von EU ist so groß, dass man die eigenen Märkte relativ leicht absichern kann. Der Sicherheitsfaktor ist somit hoch. Der Stabilitätsfaktor ist abhängig von der Verteilung der Marktanteile zwischen A und B. Wenn diese Mächte etwa gleichauf liegen (48/26/26), dann kann man noch immer von einem recht stabilen Kräfteverhältnis sprechen. Der Stabilitätsfaktor leidet etwas unter der Übermacht eines Marktteilnehmers.

Sicherheitsfaktor: +6 / Stabilitätsfaktor: 7

Bei einer Staffelnung 48/32/20 wäre die Stabilität gar nicht mehr gegeben. Die Situation mit einer fast die Hälfte des Marktes kontrollierenden Macht auf der einen Seite und einer deutlich abfallenden Macht auf der anderen Seite würde das Drei-Mächte-System in sich bedrohen. B könnte zum Spielball eines neuen Zwei-Mächte-Systems werden. Der Stabilitätsfaktor sinkt. Der Sicherheitsfaktor für die Marktanteile der EU wird seinerseits höher, da die EU als deutlich stärkste Macht am ehesten einen Vorteil aus dem instabilen Kräfteverhältnis ziehen kann.

Sicherheitsfaktor: +7 / Stabilitätsfaktor: 3

$EU = A + B$

EU besitzt ungefähr die Hälfte der Marktanteile aller drei Großmächte (50/25/25). Die komfortable Situation ermöglicht es, den Markt weitestgehend zu kontrollieren. Hinsichtlich der Variante $EU < A + B$ (48/26/26) steigt der Sicherheitsfaktor leicht an. Der Stabilitätsfaktor sinkt, da sich die Gefahr einer Monopolstellung eines Marktteilnehmers erhöht hat. Bei einer Staffelnung der Marktanteile von bei-

spielsweise 50/33/17 ist die Wahrscheinlichkeit groß, dass B zu einem Bündnis gezwungen oder aus dem Markt gedrängt wird.

Sicherheitsfaktor: bei Gleichheit von A und B (50/25/25): +7

bei deutlichem Machtunterschied zwischen A und B (50/33/17): +8

Stabilitätsfaktor: bei Gleichheit von A und B (50/25/25): 5

bei deutlichem Machtunterschied zwischen A und B (50/33/17): 2

$EU > A + B$

EU ist bedeutend größer, als die Konkurrenten A und B zusammen (64/18/18 oder 64/22/14). Das gemeinsame Gremium zur Festlegung der Grundregeln des Marktes wäre für EU kaum noch bindend. Als alles überragende Macht auf dem weltweiten Handelsmarkt könnte man die Bedingungen selbst diktieren. Auch eine Fusion der Konkurrenten verbunden mit einem Wechsel zum Zwei-Mächte-System könnte die Vormachtstellung der EU nicht mehr gefährden. Die Drei-Mächte-Struktur wäre im Grunde nur noch auf dem Papier vorhanden und könnte jederzeit ganz aufgehoben werden. Dabei macht es auch keinen Unterschied mehr, wie dicht A und B in ihren Marktanteilen beieinander liegen.

Sicherheitsfaktor: +9 / Stabilitätsfaktor: 1

Die Plus-Varianten stellen für die EU als Handelsmacht in keiner Phase eine Bedrohung dar. Je größer der Vorsprung auf die Konkurrenten ist, desto leichter kann der eigene Marktanteil gesichert und erweitert werden. Die Minus-Varianten sind aus sicherheitspolitischem Aspekt interessanter. EU ist nicht mehr stärkste Macht und kann sich deshalb nicht mehr so einfach behaupten. Bei den folgenden Ausführungen können sich Gedanken, die bei den „Plus-Varianten“ bereits angeführt waren, wiederholen. Das liegt daran, dass wir nun im Grunde die gleichen Situationen aus einem anderen Blickwinkel betrachten. Für die Übersichtlichkeit ist es besser, einige wichtige Gedanken noch einmal anzuführen, statt ständig auf frühere Abschnitte zu verweisen. Das erspart dem Leser viel Blättern und Suchen und es erleichtert das Verständnis.

Minus-Varianten im starren Kräfteverhältnis

$A > EU = B$

Ein kleiner Vorteil für A auf dem Handelsmarkt (beispielsweise 36/32/32) wäre für EU und B kein Problem. Der Markt ist stabil. Bedeutende Verschiebungen sind kurz- und mittelfristig nicht zu erwarten.

Sicherheitsfaktor: -1 / Stabilitätsfaktor: 9

Sollte der Vorteil von A deutlicher ausfallen (beispielweise 40/30/30), dann ändert das an der Gesamtsituation nur so viel, dass EU und B den starken Kontrahenten besser im Auge behalten müssen. Die Marktanteile sollten nicht noch weiter auseinanderdriften, da der Einfluss von

A auf dem Weltmarkt so groß werden könnte, dass das Drei-Mächte-System in Gefahr gerät. Eine solche Konstellation ist hier noch nicht gegeben. Dieser Markt ist vor allem durch die Gleichheit zweier der drei Mächte in sich stabil und der Rückstand auf A erscheint für EU und B längerfristig aufholbar.

Sicherheitsfaktor: -2 / Stabilitätsfaktor: 8

$A > EU > B$

In dieser Konstellation ist entscheidend, wie deutlich die Staffelung ausfällt. Wir gehen davon aus, dass der Marktanteil von B so groß ist, dass man noch immer von einem Drei-Mächte-System sprechen kann. Betrachten wir wieder zuerst eine kleinere Staffelung, beispielsweise 36/33/31. Die Tatsache, dass B geringfügig schwächer ist, hätte hier kaum Auswirkungen. Es bliebe bei einem weitestgehend ausgeglichenen Machtverhältnis.

Sicherheitsfaktor: -1 / Stabilitätsfaktor: 8

Sollte B mit seinem Marktanteil deutlicher zurückliegen (etwa 42/35/23), dann wird das Drei-Mächte-System instabil. EU und A könnten versuchen, B vom Markt zu drängen. Das hat eine deutliche Auswirkung auf den Stabilitätsfaktor (Vergleiche: $EU > A > B$).

Sicherheitsfaktor: -2 / Stabilitätsfaktor: 6

$A = B > EU$

A und B halten in etwa den gleichen Anteil am Weltmarkt. Wenn EU nicht viel kleiner ist, als A und B (etwa 34/34/32), ist der Markt absolut stabil.

Sicherheitsfaktor: -2 / Stabilitätsfaktor: 9

Schlimmer wird es bei einem größeren Defizit, wie beispielsweise 38/38/24. An dieser Stelle wird die Bedrohung enorm, da die zwei deutlich größeren, gleichaufliegenden Mächte versuchen könnten, den kleineren Marktteilnehmer zu verdrängen. Somit sinkt der Stabilitätsfaktor und auch der Sicherheitsfaktor für die Marktanteile der EU.

Sicherheitsfaktor: -5 / Stabilitätsfaktor: 7

$A > B > EU$

Das zuletzt beschriebene Szenario könnte sich für EU weiter verschlechtern, wenn die Großmächte A und B nicht mehr gleich aufliegen (42/34/24). Dies würde zu einem Verlust der Stabilität im Machtgefüge führen (Vergleiche: $EU > A > B$).

Sicherheitsfaktor: -6 / Stabilitätsfaktor: 6

Bei einer kleineren Staffelung, beispielsweise 36/33/31, wäre das System deutlich stabiler, was sich in beiden Faktoren niederschlägt.

Sicherheitsfaktor: -1 / Stabilitätsfaktor: 8

$A < EU + B$

Die Situation verbessert sich für EU deutlich, wenn A zwar mit Abstand die stärkste Macht ist, EU und B aber gleichauf liegen oder ähnlich große Marktanteile besitzen (42/30/28). EU und B wären jeder für sich deutlich kleiner als A, aber zusammen ist ihr Einfluss auf dem Markt groß genug, um die Monopolbestrebungen von A zu behindern. Die Entwicklung in Richtung einer Konstellation $A = EU + B$ sollte auf jeden Fall verhindert werden.

Sicherheitsfaktor: -4 / Stabilitätsfaktor: 7

In der Variante $A < EU + B$ gehen wir generell davon aus, dass A mit Abstand die stärkste Macht ist. Die Stabilität dieses Systems ist vor allem davon abhängig, wie viel stärker die Position von A ist. Sollte das Verhältnis in Richtung 48/27/25 gehen, würde es schwieriger, das Szenario $A = EU + B$ zu vermeiden. An dieser Stelle verschlechtern sich beide Faktoren, da sich eine Entwicklung zur Monopolstellung von A bereits andeutet.

Sicherheitsfaktor: -6 / Stabilitätsfaktor: 5

Die schlechteste Verteilung in dieser Variante wäre etwas wie 48/32/20. Der große Unterschied in den Marktanteilen würde das ganze Drei-Mächte-System destabilisieren. Obwohl EU hier mehr Marktanteil besitzt, als in der vorherigen Variante, bleibt der Sicherheitsfaktor bei -6, weil das System an Stabilität verliert, was sich negativ auf den Markt auswirken kann. Der Stabilitätsfaktor sinkt.

Sicherheitsfaktor: -6 / Stabilitätsfaktor: 3

$A = EU + B$

A besitzt etwa die Hälfte der Marktanteile aller drei Großmächte (50/25/25). A wird hinsichtlich seiner Handelspolitik aggressiver agieren. A wird statt der bestehenden Handelsvereinbarungen eigene Regeln aufstellen, was angesichts des Anteils am Weltmarkt auch möglich erscheint. Die Situation für EU und B ist sehr schwierig.

Sicherheitsfaktor: -7

Stabilitätsfaktor: bei Gleichheit von EU und B (50/25/25): 5

bei deutlichem Unterschied zwischen EU und B (50/33/17): 2

$A > EU + B$

A ist allein deutlich stärker, als EU und B zusammen (60/20/20). Man kann kaum noch von einem Drei-Mächte-Verhältnis sprechen. A diktiert als mit Abstand stärkste Handelsmacht die Bedingungen (Vergleiche: $EU > A + B$).

Sicherheitsfaktor: -9 / Stabilitätsfaktor: 1.

Der Einfluss potenzieller Stärken und marktwirtschaftlicher Tendenzen

Im starren Kräfteverhältnis lässt sich allein an der Verteilung der Marktanteile ablesen, welche Großmacht am stärksten auf dem Markt verankert ist und somit den höchsten Sicherheitsfaktor hat. Nun stellt sich die Frage, inwiefern potentielle Stärken und Schwächen das starre System beeinflussen. In den zuletzt erwähnten Varianten $A > EU + B$ sowie $A = EU + B$, in denen die Machtverteilung sehr deutlich ist, spielt die potentielle Stärke der Großmächte eine untergeordnete Rolle. Man darf davon ausgehen, dass A als die mit Abstand größte Macht auch tendenziell vorn liegt, also die besten Aussichten für eine positive Entwicklung hat. Die potenzielle Stärke der EU ist hier für die Verteidigung der eigenen Marktanteile von großer Bedeutung, aber hinsichtlich der Gesamtsituation auf dem Markt und der mittelfristig möglichen Veränderungen, ist die Bedeutung geringer. Auch bei großer potenzieller Stärke der EU könnte sich der Sicherheitsfaktor höchstens um einen Punkt verbessern.

Eine größere Bedeutung bekommen die potenziellen Stärken und Schwächen, wenn die drei Mächte relativ eng zusammenliegen. Im starren Kräfteverhältnis sind sie dann auf dem Markt etwa gleich stark, aber sollte eine der drei Mächte tendenziell stark nach oben streben, während die anderen beiden eher stagnieren, dann würde sich der Sicherheitsfaktor für die aufstrebende Macht deutlich erhöhen, während er bei den anderen beiden etwas absinkt. Der Stabilitätsfaktor wird allerdings kaum beeinflusst. Letztendlich lässt sich die Stabilität des Drei-Mächte-Systems nur an dem messen, was wirklich ist. Potenzielle Einflüsse können nur schwer einkalkuliert werden. Erst wenn die Marktanteile der aufstrebenden Nation wirklich größer werden, hätte das Einfluss auf die Stabilität des Machtsystems.

Überlegungen zu Stabilitätsfaktor und Sicherheitsfaktor

Eine Kette ist nur so stark, wie ihr schwächstes Glied. Dieses Bildnis lässt sich in vielerlei Hinsicht anwenden, aber in einem Drei-Mächte-System auf dem Handelsmarkt kann man das so einfach nicht formulieren. Zunächst kann man festhalten, dass für die Stabilität des Systems nicht von Bedeutung ist, wer gerade die stärkste Macht ist. Schon während der Ausführungen zu den Varianten wurde mehrfach angespro-

chen, dass das Drei-Mächte-System umso instabiler wird, je weiter die drei Mächte in ihren Marktanteilen auseinanderdriften. Das soll eine graphische Darstellung noch stärker verdeutlichen. Hierfür addieren wir die Differenzen in den Prozentzahlen der zuvor aufgeführten Varianten.

Zum Beispiel: 36/32/32 Die erste Differenz ist 4, die zweite 0
 $+ 0 = 4$

48/32/20 Die erste Differenz ist 16, die zweite 12 $16 + 12 = 28$.

So entsteht ein Wert, der in der Folge als „Differenz“ bezeichnet wird. Vergleichen wir die Werte zunächst in einer Tabelle.

Tabelle 1. Vergleich Differenz und Stabilitätsfaktor

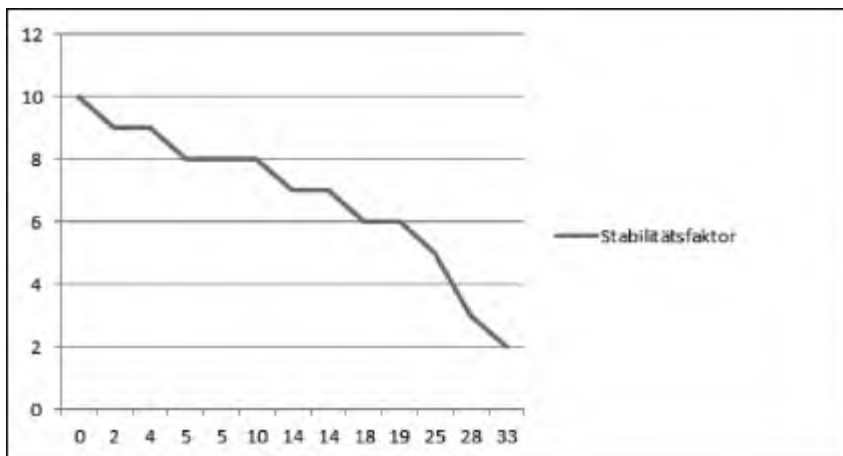
Variante	Differenz	Stabilitätsfaktor
A = EU = B zero point	0	10
A > EU = B (36/32/32)	4	9
A > EU = B (40/30/30)	10	8
A > EU > B (36/33/31)	5	8
A > EU > B (42/35/22)	19	6
A = B > EU (34/34/32)	2	9
A = B > EU (38/38/24)	14	7
A > B > EU (42/34/24)	18	6
A > B > EU (36/33/31)	5	8
A < EU + B (42/30/28)	14	7
A < EU + B (48/32/20)	28	3
A = EU + B (50/25/25)	25	5
A = EU + B (50/33/17)	33	2

Quelle: Eigene Studie.

Die Werte aus der Tabelle ergeben graphisch dargestellt ein eindeutiges Bild. Je höher die Differenz, desto kleiner wird der Stabilitätsfaktor.

Auf diese Weise lässt sich in einem starren Mächtesystem für jede Machtkonstellation ein ungefährender Stabilitätsfaktor ermitteln. Solange mindestens zwei Mächte in ihren Marktanteilen und ihrem Einfluss im gemeinsamen Gremium auf Augenhöhe sind, ist das Dreier-Konstrukt stabil. In so einer Situation gerät das Drei-Mächte-System nur dann in Gefahr, wenn die gleichauf liegenden Mächte die schwächeren sind und zusammen nur die Hälfte oder noch weniger der Marktanteile haben. Dann besteht die Gefahr einer Monopolstellung der führenden Handelsmacht.

Abbildung 1. Der Stabilitätsfaktor im Verhältnis zur Differenz



Quelle: Eigene Studie.

Der Vergleich mit der Kette funktioniert nur dann, wenn alle drei Mächte deutlich auseinanderliegen. Dann hängt der Fortbestand des Drei-Mächte-Systems vom Überleben der schwächsten Macht ab. In einem System $A > EU > B$ (42/33/25) sollte EU darauf achten, dass B nicht weiter abfällt. Durch den relativ deutlichen Rückstand auf A könnte es für EU schwierig werden, sich in einem neu entstehenden Zwei-Mächte-System zu behaupten. Deshalb wäre es besser für EU, wenn B als Großmacht erhalten bliebe und somit auch das Drei-Mächte-System. In der umgekehrten Situation $EU > A > B$ (42/33/25) könnte EU versuchen, B weiter zu schwächen und vielleicht Marktanteile zu übernehmen, weil man erstens aufgrund des größeren Einflusses dazu imstande wäre und zweitens auf diese Weise in dem neu entstehenden Zwei-Mächte-System sofort die Führungsrolle übernehmen könnte.

Interessant ist auch die Variante $EU = A + B$. Hier müssten EU und B der drohenden Monopolstellung von A entgegenwirken. Dafür könnte es aber bereits zu spät sein, weil selbst eine Fusion der Marktanteile von EU und B zu wenig wäre. Es entstünde ein Zwei-Mächte-Modell $A=EU+B$, in dem A durch den besseren inneren Zusammenhalt und kürzere Entscheidungswege schnell die Oberhand gewinnen würde. EU und B sollten also jeder für sich versuchen, ihre Handelsmärkte zu vergrößern. EU könnte sich aus dieser Situation nur mit einem ungewöhnlich starken Aufschwung befreien, wobei dieser Aufschwung auch B zugutekommen müsste, damit das System wirklich stabilisiert wird.

Solange EU und B gleich aufliegen und ihre jeweiligen Marktanteile behaupten können, besteht noch die Möglichkeit, die Monopolstellung von A zu verhindern. Wenn nur EU einen Aufschwung erlebt, würde B die völlige Verdrängung vom Markt drohen, was mit einem Verlust an Stabilität innerhalb des Systems verbunden ist. Von dieser Entwicklung würde A profitieren. Das wiederum wäre nicht im Sinne von EU. An diesem Beispiel zeigt sich, dass nur eine mit Abstand größte Macht Interesse am Zerfall des Drei-Mächte-Systems haben kann. Ansonsten ist es von Vorteil oder wie in dem zuletzt angeführten Fall sogar dringend notwendig, ein stabiles Drei-Mächte-System zu erhalten.

Für die Absicherung der eigenen Marktanteile und der Machtposition in einem starren Drei-Mächte-System ist zunächst der momentane, eigene Anteil am Gesamtmarkt von großer Bedeutung. Je größer der eigene Marktanteil, desto gefestigter ist auch die eigene Machtposition innerhalb des starren Systems. Je gefestigter die Machtposition ist, desto leichter fällt es, die bestehenden Marktanteile zu verteidigen. Entsprechend steigt bei den Plus-Varianten der Sicherheitsfaktor zusammen mit dem größer werdenden Marktanteil. Je höher der Sicherheitsfaktor für die Marktanteile der EU wird, desto niedriger wird der Stabilitätsfaktor des Drei-Mächte-Systems.

Bei den Minus-Varianten gibt es hinsichtlich des Sicherheitsfaktors für die Marktanteile der EU kein so klares Bild. Er steht in keiner direkten Beziehung mit dem Stabilitätsfaktor und auch nicht mit dem Marktanteil. Zur Verdeutlichung nehmen wir den Sicherheitsfaktor mit in die vorherige Tabelle auf.

Tabelle 2. Hinzunahme des Sicherheitsfaktor

Variante	Differenz	Stabilitätsfaktor	Sicherheitsfaktor
A = EU = B zero point	0	10	0
A > EU = B (36/32/32)	4	9	-1
A > EU = B (40/30/30)	10	8	-2
A > EU > B (36/33/31)	5	8	-1
A > EU > B (42/35/22)	19	6	-2
A = B > EU (34/34/32)	2	9	-2
A = B > EU (38/38/24)	14	7	-5
A > B > EU (42/34/24)	18	6	-6
A < EU + B (42/30/28)	14	7	-4
A < EU + B (48/32/20)	28	3	-6
A = EU + B (50/25/25)	25	5	-7
A > EU + B (60/20/20).	40	1	-9

Quelle: Eigene Studie.

Besonders interessant ist die Minus-Variante $A < EU + B$. Dort zeigt sich, dass ein größerer Marktanteil nicht zwangsläufig mit mehr Sicherheit für den Handelsmarkt der EU verbunden ist. Es muss also noch einen anderen Faktor geben, der ebenfalls von tragender Bedeutung ist. Hier kommt die Stabilität des Systems ins Spiel. Hat die EU einen relativ kleinen Marktanteil und die zwei anderen Mächte sind fast gleichauf, dann sorgt das relative Gleichgewicht zwischen A und B dafür, dass der Markt stabil bleibt. Die EU wäre auch mit einem kleinen Marktanteil (beispielsweise 20% der Marktanteile aller drei Großmächte zusammen) noch immer eine Macht auf dem Weltmarkt, die man nicht ohne weiteres verdrängen kann. Die kleinste Macht in einem Drei-Mächte-System kann ihren Marktanteil leichter verteidigen, wenn das ganze System stabil ist. Droht dem System das Ende, weil eine Macht dabei ist, mehr als 50 Prozent der Marktanteile zu erlangen, dann wird es für die kleinste Macht schwieriger. In einem System $A > B > EU$, in dem A deutlich die stärkste Macht ist und EU deutlich die schwächste, kann B zum Zünglein an der Waage werden. B könnte sich für den Zerfall des Drei-Mächte-Systems einsetzen, um dann in einem Zwei-Mächte-System zu verbleiben. Angesichts der Übermacht von A könnte sich B aber auch für den Erhalt des Drei-Mächte-Systems einsetzen, um die Gefahr einer Monopolstellung von A zu vermeiden. In diesem Fall müsste B versuchen, EU im System zu schützen, damit die kleinste Macht nicht weiter abfällt.

Die Tatsache, dass es für B sehr wahrscheinlich besser wäre, das Drei-Mächte-System zu behalten, bringt auch zum Ausdruck, dass bei drei rivalisierenden Mächten, die Wahrscheinlichkeit des Erreichens einer Monopolstellung geringer ist, als in einem Zwei-Mächte-System. An dieser Stelle ist es interessant anzumerken, dass der Markt umso stabiler wird, je mehr gleichwertig positionierte Großmächte es gibt. Ein Zwei-Mächte-System kann schneller ins Wanken geraten, weil es reicht, wenn eine Seite mit ernsthaften Schwierigkeiten zu kämpfen hat. Das System kann sehr leicht in Richtung einer Monopolstellung kippen. Bei einem Drei-Mächte-System kann eine Partei vorübergehend in Schwierigkeiten geraten, ohne dass sich der Stabilitätsfaktor wesentlich verschlechtert, da die beiden anderen in ihrer Ausgeglichenheit das System weiter stabil halten. Somit sind alle drei im Falle einer vorübergehenden Schwächung abgesichert. In einem Vier-Mächte-System könnten sogar zwei Parteien gleichzeitig vorübergehend straucheln, ohne dass die Machtverteilung auf dem Markt sofort in Richtung einer Monopolstellung einer Handelsmacht kippen würde.

Abschließendes Resümee

Das Drei-Handelsgrößmächte-System ist in der westlichen Welt durchaus vorstellbar. Im Marktwirtschaft hält die Wirtschaft das Gesellschaftssystem am Laufen. Bricht die Wirtschaft zusammen, dann bricht das ganze System zusammen und die westliche Welt, wie wir sie heute kennen, würde aufhören zu existieren. Viele Wissenschaftler bevorzugen das Wort „Marktwirtschaft“ statt „Kapitalismus“ als Bezeichnung für das Gesellschaftssystem⁶. Darüber hinaus gilt seit langem die These, eine Marktwirtschaft zeichne sich durch die Koordination der Wirtschaftsprozesse über den Marktmechanismus aus⁷. Das zeigt ganz eindeutig, wie wirtschafts- und vor allem marktorientiert das System ist. Für die Wirtschaft sind Absatzmärkte und Rohstoffbeschaffung von zentraler Bedeutung. Eine gute Position auf dem Welthandelsmarkt ist also für jede Nation, die Macht verkörpern will, nicht nur erstrebenswert, sondern absolut unumgänglich. Denn wahre Macht erreicht man in der marktwirtschaftlichen Grundordnung nicht mehr durch Aufrüstung, sondern als Wirtschaftsmacht. Die Aufrüstung führte schon vor Jahrzehnten zu einem Patt, aber der Kampf in der Wirtschaft um Rohstoffe und Absatzmärkte ist noch in vollem Gange. Das kann im Extremfall dazu führen, dass sich die im Modell dargestellten Handelsgrößmächte bilden, die nicht nur den Absatzmarkt kontrollieren, sondern auch den Rohstoffmarkt. Sie beherrschen die ganze, nach kapitalistischen Grundprinzipien funktionierende Welt. Wenn eine Handelsmacht Monopolstellung erreicht, dann regiert sie diese Welt allein. Die Ausführungen haben gezeigt, dass ein Drei-Mächte-System eine gewisse Basis an Sicherheit bietet. Je näher die drei Mächte beieinander liegen, desto stabiler ist das System. Driften die drei Mächte in ihren Marktanteilen weit auseinander, droht der Zusammenbruch des Drei-Mächte-Systems. Daraus kann eine Macht mit weitgehender Monopolstellung hervortreten oder ein Zwei-Mächte-System. Da die weitgehende Monopolstellung einer gewaltigen Handelsmacht vermieden werden sollte, wäre es in solch einer Situation ratsam, das Drei-Mächte-System zu erhalten oder gar ein System mit vier oder fünf gleichwertigen Handelsmächten anzustreben.

⁶ *Kapitalismus*, Hrsg. K. Alisch, u.a. [in:] *Gabler Wirtschaftslexikon*, Bd. III, K-R, Wiesbaden 2004, S. 1643 sq.

⁷ U. Baßeler, J. Heinrich, *Wirtschaftssysteme, Kapitalistische Marktwirtschaft und sozialistische Zentralplanwirtschaft*, Würzburg 1984, S. 13-19.

Erhard Cziomer

Polityczno-prawne aspekty stanowiska Niemiec wobec odszkodowa wojennych dla Polski - geneza i ewolucja kontrowersji prawno-politycznych

Wprowadzenie

Celem poni szego opracowanie jest syntetyczne i problemowe przedstawienie stanowiska Niemiec wobec polskich roszcze reparationno-odszkodowawczych. Zagadnienie powy sze zostało szeroko udokumentowane materiałami źródłowymi w skali mi dzynarodowej przez Polski Instytut Spraw Mi dzynarodowych (PISM)¹. Z wielu opracowa specjalistycznych na u ytek praktyki politycznej w Polsce na uwag zasługuj mi dzy innymi ekspertyzy zlecone przez Biuro Analiz Sejmowych, a wykonane przez Władysława Czapli skiego (w 2003 r.)², Stefana Hambur

¹ *Problem reparacji, odszkodowa i wiadcze w stosunkach polsko-niemieckich 1944-2004*, t. 1. *Studia*, t. 2. *Dokumenty*, red. W.M. Góralski, S. D bski, Warszawa 2004; dokumentacja po 2004 r. zob. dokumenty PISM za poszczególne lata.

² W. Czapli ski, *Problematyka reparacji wojennych w stosunkach polsko-niemieckich*, „Ekspertyza BSiE”, nr 303, IP-105 P, dost pne na: www.biurose.sejm.gov.pl.

(w 2004 r.)³ oraz Roberta Jastrzbskiego (w 2017 r.)⁴. Pierwszy autor, w przeciwieństwie do pozostałych dwóch, dochodzi w swoich analizach do całkowicie odmiennych ocen i wniosków.

W Niemczech, poczynwszy od powstania Republiki Federalnej Niemiec (RFN) w 1949 r., istnieje obszerna dokumentacja ródłowa oraz literatura przedmiotu, uwzgl dniaj ca tak e materiały i opracowania USA i innych pa stw zachodnich na temat reparacji i odszkodowa niemieckich zarówno RFN, Niemieckiej Republiki Demokratycznej (NRD) oraz zjednoczonych Niemiec po 1990 r.⁵

Jeszcze przed ukazaniem si polskiej ekspertyzy (zob. przypis 4) słu by naukowe Bundestagu wydały w lipcu 2017 r. swój ekspertyz prawn na temat roszcze reparacyjnych Polski⁶. W poni szym artykule autor wykorzystał równie własne publikacje na temat stanowiska Niemiec wobec reparacji, odszkodowa indywidualnych wobec Polski zarówno w szerszym kontek cie ewolucji problemu niemieckiego 1945-1991⁷, historii współczesnej 1945-2005 Niemiec⁸ oraz polityki zagranicznej Niemiec po 1990 r.⁹ W swojej analizie autor koncentruje si nie tylko na reparacjach pa stwowych, lecz uwzgl dnia równie odszkodowania indywidualne dla poszkodowanych osób - okre lanych w RFN jako forma „zado uczynienia” (*Wiedergutmachung*) ze strony Niemiec. Ograniczone ramy opracowania zmuszaj autora do znacznego skrócenia analizy najnowszych roszcze reparacyjno-odszkodowaw-

³ S. Hambura, *Reparacje wojenne w stosunkach polsko-niemieckich*, „Ekspertyza BSIE”, nr 302, IP-105 P, dost pne na: www.biurosej.gov.pl.

⁴ R. Jastrzbski, *Opinia prawna w sprawie mo liwo ci dochodzenia od Niemiec za szkody spowodowane przez drug wojn wiatow w zwi zku z umowami mi dzynarodowymi* [Do posła Arkadiusza Mularczyka], Biuro Analiz Sejmowych i Ekspertyz 2017, BAS-WAP - 1455/17, dost pne na: www.sejm.gov.pl.

⁵ Por. najnowsz niemiecka pozycj przegl dow oraz porównawcz : T. Andres, *Deutsche Außenpolitik 1871-2015 im Zeichen von Reparationen*, Norderstedt 2015.

⁶ Zob. *Völkerrechtliche Grundlagen und Grenzen kriegsbedingter Reparationen unter besonderer Berücksichtigung der deutsch-polnischen Situation* [Podstawy prawno-mi dzynarodowe i granice reparacji wojennych ze szczególnym uwzgl dniem sytuacji polsko-niemieckiej], Wissenschaftliche Dienste, Deutscher Bundestag, Sachstand, 2017, dost pne na: www.bundestag.de.

⁷ Por. E. Cziomer, *Historia Niemiec 1949-1991. Zarys rozwoju problemy niemieckiego od podziału do jedno ci od podziału do jedno ci*, Kraków 1992.

⁸ *Idem*, *Zarys historii Niemiec współczesnych 1945-2005*, Warszawa 2006.

⁹ *Idem*, *Polityka zagraniczna Niemiec. Kontynuacja i zmiana po zjednoczeniu ze szczególnym uwzgl dniem polityki europejskiej i transatlantyckiej*, Warszawa 2005; oraz *idem*, *Polityka zagraniczna Niemiec w dobie nowych wyzwa globalizacji, bezpiecze stwa europejskiego oraz integracji europejskiej po 2005 roku*, Warszawa-Kraków 2010.

czych Polski wobec Niemiec w 2017 r. w formie syntetycznych wniosków ogólnych.

Reparacje niemieckie po 1945 r. a strategia polityczna RFN w sprawie spłaty odszkodowa wojennych

Podstawy polityczno-prawne odnośnie do reparacji wojennych jako konsekwencja kapitulacji i upadku III Rzeszy stworzyły uchwały konferencji trzech mocarstw koalicji antyhitlerowskiej (USA, Wielkiej Brytanii i ZSRR) w Poczdamie 2 sierpnia 1945 r. Postanowienia powyższe obejmowały także nieobecnych Francję, której przyznano zarówno odrębne strefy okupacyjne, jak i prawo do reparacji. Reparacje niemieckie w naturze ustalono w wysokości do 20 mld dol., z czego 50% przyznano ze względu na ogromnisze ZSRR. Mocarstwa cięły reparaacje w ramach swoich stref okupacyjnych. ZSRR miał otrzymać dodatkowo ze stref zachodnich 10% denotowanych tam urządzeń oraz dalsze 15% w zamian za dostawy do stref zachodnich surowców i ywności. ZSRR miał również zaspokoić roszczenia reparaacyjne Polski w wysokości 15% swoich reparacji z własnej strefy oraz 15% w ramach partycypacji w dostawach reparaacyjnych do ZSRR ze stref zachodnich. Dla Polski zasadnicze znaczenie miały jednak postanowienia terytorialne IXb umowy poczdamskiej z 2 sierpnia 1945 r., które stanowiły, iż ostateczne ustalenie zachodniej granicy Polski należy odroczyć do przyszłej regulacji pokojowej, za uzgodnione wysiedlenie ludności niemieckiej winno się odbyć w warunkach humanitarnych. Postanowienia powyższe miały przysparzać przez ponad 40 lat, do 1990 r., poważnych problemów w relacjach Polski z RFN.

Wszelkie sprawy praktyczne związane z realizacją pobierania reparacji wojennych uzgadniano w ramach Sojuszniczej Rady Kontroli Niemiec czterech mocarstw z siedzibą w Berlinie, która funkcjonowała jednak tylko do marca 1948 r., kiedy ze względu na narastające sprzeczności między czterema mocarstwami zawiesiła bezterminowo swoją działalność.

Zasadnicze znaczenie dla realizacji umowy poczdamskiej, w tym cięgnięcia reparacji i odszkodowa niemieckich po 1945 r. dla Polski, miały jednak dwawiązane ze sobą długofalowe procesy polityczne:

- ukształtowanie się długofalowego konfliktu Wschód-Zachód w latach 1946-1989 oraz towarzyszący mu rozpad koalicji antyhitlerowskiej w latach 1947-1949;
- podział Niemiec oraz powstanie dwóch odmiennych ustrojowo państw niemieckich, powiązanych z dwoma przeciwnymi soju-

szami polityczno-militarnymi - RFN w NATO (od 1955 r.) oraz NRD w Układzie Warszawskim (od 1956 r.)¹⁰.

Początkowo w najbardziej uprzemysłowionych strefach, brytyjskiej i amerykańskiej, w ramach dekartelizacji lub rozbiórki przewidywano likwidację 1936 zakładów przemysłowych, ale w miarę narastania rozbieżności z ZSRR oraz wzrostu oporu ze strony załóg robotniczych zawieszono częściowo pobieranie reparacji. Decyzje USA i Wielkiej Brytanii do pozyskania Niemców w konfrontacji ze ZSRR doprowadziło w latach 1947-1948 do całkowitego przerwania pobierania reparacji. Francja, ze względu na odrębny polityk okupacyjny, nie przywiązywała większego znaczenia do reparacji, w których oficjalnie partycypowała w znikomym procencie (22,8%) w stosunku do urządzeń przemysłowych oraz 6% innych dóbr. Francja preferowała głównie cięgiełno wojenne oraz sprowadzanie z inkorporowanej Saary kontyngentów taniego węgla i stali. ZSRR musiał zaspokoić reparacje prawie wyłącznie ze swojej strefy okupacyjnej. Demontowane urządzenia ze stref zachodnich przekazywano ZSRR tylko do maja 1946 r. (szacunkowo ok. 36 ton maszyn i urządzeń). Reszta demontowanych urządzeń dysponowała specjalna Aliancka Agencja Reparatyjna (Inter-Allied Reparations Agency - IARA) z siedzibą w Brukseli. Na jej konto w latach 1946-1949 wpłynęła równowartość ok. 507 mln dol. Została ona ostatecznie rozwiązana w 1968 r. W tej sytuacji ZSRR starał się zaspokoić swoje reparacje zarówno przez łupy wojenne, masowy demontaż fabryk, przejęcie pod własny zarządek kilkuset zakładów przemysłowych własnej strefy, jak i przez pobieranie znacznych środków z budżetu NRD do 1 stycznia 1954 r. Według starszych szacunków przed 1990 r. łączna wartość reparacji pobranych przez ZSRR ze wschodniej strefy okupacyjnej oraz NRD opiewała szacunkowo na ok. 16 mld dol. Dlatego też rząd NRD uważał oficjalnie pod koniec lat 40., iż NRD spłaciła reparacje za całe Niemcy. Dlatego też kierownictwo NRD odmawiało spłaty reparacji oraz odszkodowań indywidualnych dla innych krajów Europy Wschodniej i Zachodniej. Oficjalnie ZSRR zerwał z reparacją wobec NRD 23 sierpnia 1953 r. Podobne oświadczenie wydał rząd PRL, rezygnując z roszczeń reparacyjnych z całych Niemiec. Decyzje powyższe były reakcją na zaburzenia i wystąpienia protestacyjne w Berlinie Wschodnim oraz w 200 innych miejscowościach NRD przeciwko pogarszającym warunkom pracy i życia społeczeństwa wschodnioniemieckiego. ZSRR i Polska wyznaczyły 1 stycznia 1954 r. jako datę zakończenia pobierania reparacji z NRD.

¹⁰ Por. *idem*, *Zimna wojna a kwestia podziału i jedno ci Niemiec*, [w:] *Zimna wojna (1946-1989) i jej konsekwencje dla ładu międzynarodowego*, red. B. Koszel, S. Wojciechowski, Poznań 2007, s. 85-126.

Oficjalnie nie ma potwierdzonej informacji odnośnie do wartości demontowanych urządzeń oraz innych przedmiotów przekazanych w ramach reparacji niemieckich przez ZSRR Polsce¹¹. Po zjednoczeniu Niemiec na zlecenie Komisji Łedczej Bundestagu - Rozpracowanie Historii i Nast pstw Dyktatury SED w Niemczech - przedstawiono w 1995 r. kompleksow analiz kosztów obci e niemieckich z tytułu demonta u i odszkodowa wojennych, porównuj c wiadczenia zachodnich stref okupacyjnych i RFN oraz strefy radzieckiej i NRD w markach Rzeszy (RM), cz ciowo w przeliczeniu na marki wschodnie (DDM) oraz zachodnie (DEM) według porównywalnych cen z 1944 r. Przedstawiały si one nast puj co:

- zniszczenia, łup wojenny oraz demonta urządzeń przemysłowych - RFN: 43,40; NRD - 19,80 RM;
- wiadczenia z biecej produkcji łcznie z kosztami okupacyjnymi - RFN: 34,42; NRD: 31,70 mld RM;
- konfiskata aktywów zagranicznych - RFN: 13; NRD: 4 mld RM;
- wykorzystanie niemieckiego potencjału naukowego (głównie z tytułu przejcia oraz zatrudniania przez wiele lat po wonie wybitnych specjalistów i wynalzców niemieckich) przez USA i Wielk Brytani - 2 tys. osób oraz ZSRR - ok. 3 tys. osób, wycenianych łcznie na ok. 5 mld DEM¹².

Z powy szej analizy oraz na podstawie ró nych materiałów ró dlowych i szacunków wynika, i łczne obci enia finansowe strefy wschodniej i NRD były nieco ni sze od wcze niej zakładanych, cho te ostatnie trwały w niektórych przypadkach znacznie dłu ej ni reparacje dla mocarstw zachodnich. Reparacje na rzecz ZSRR były cz sto ukryte (wielkie łupy wojenne i inne) i rzutowały cz ciowo negatywnie na całokształt rozwoju społeczno-gospodarczego strefy wschodniej i NRD.

Pocz tkowo, w latach 1952-1955, RFN podporz dkowała swoj strategii spłaty odszkodowa wojennych d eniom do odzyskania suwerenno ci i równo ci na arenie mi dzynarodowej w polityce niemieckiej (*Deutschlandpolitik*), a po 1955 r., czyli po uzyskaniu suwerenno ci, długofalowemu działaniu na rzecz pokojowego zjednoczenia Niemiec. W praktyce oznaczało to koncentracj w spłatach odszkodowa wojennych oraz indywidualnych na pa stwie Izrael oraz Mi dzynarodowym

¹¹ Zob. *idem*, *Historia Niemiec 1949-1991...*, *op. cit.* Według szacunków prof. Mieczysława Tomali z PISM Polska otrzymała od ZSRR reparacje rzeczowe wycenione na ok. 500 mln dol. (1987).

¹² Por. L. Baar, R. Karls, W. Masche, *Machtstrukturen und Entscheidungsmechanismen im SED-Staat*, [w:] *Aufarbeitung von Geschichte und Folgen der SED-Diktatur in Deutschland*, Bd. 2/1, Baden-Baden-Frankfurt am Main 1995, s. 868-998.

Kongresie żydowskim w USA (jako reprezentancie diaspory żydowskiej), jak również 12 państw zachodnich oraz indywidualnych ofiarach zbrodni narodowego socjalizmu w RFN i poza jej granicami. Ponadto preferowano doktrynę otwartości kwestii niemieckiej (prawa RFN do wyłącznej reprezentacji całych Niemiec w granicach z 1937 r. do chwili zawarcia traktatu pokojowego). Pierwzoplanowe znaczenie prawne miał jednak fakt, iż RFN od chwili swego powstania w 1949 r. po dzień dzisiejszy nigdy nie uznała za ważne postanowienia umowy poczdamskiej z 2 sierpnia 1945, wysuwając argument, iż nie była jej stroną. We wszystkich układach międzynarodowych w latach 1949-1989 RFN musiała jednak uznawać odpowiedzialność czterech mocarstw (USA, Wielkiej Brytanii, Francji i ZSRR) za „Berlin jako Niemcy cało”. Było to dla RFN korzystne, gdyż we wszystkich porozumieniach z krajami bloku wschodniego w latach 1955-1989 mogła zachować otwartość kwestii niemieckiej jako warnej przesłanki przyszłego zjednoczenia Niemiec, które nastąpiło 3 października 1990 r.¹³ Traktat pokojowy zastąpiono wtedy podpisaniem układu „2+4” w Moskwie 12 września 1990 r. z udziałem czterech mocarstw oraz przedstawicieli RFN i NRD odnośnie do ostatecznej regulacji w sprawie Niemiec.

W miarę szybkiego wzrostu gospodarczego od przełomu 1949/1950 RFN zbudowała własne ustawodawstwo odszkodowawczo-restytucyjne. Wiądzczenia z tego tytułu obowiązują do chwili obecnej i zostały opisane w tabeli nr 1.

Tab. 1. Odszkodowania wojenne RFN

I. Odszkodowania wypłacone (według stanu na 1.01.1988 r.) w DEM	
Federalna ustawa odszkodowawcza (Bundesentschädigungsgesetz - BEG, z 1956 r.)	63 032
Federalna ustawa restytucyjna (Bundesrückerstattungsgesetz - BRUG, z 1953 r.)	3928
Układ z Izraelem	3450
Układy z 12 krajami zachodnimi 1959-1964	1000
Pozostałe wiądzczenia (słu by publiczne i inne)	6800
wiądzczenia z tytułu prawnych regulacji krajowych	1855
Szczególne regulacje doraźne	0,499
Razem	80 564

¹³ E. Cziomer, *Historyczne aspekty polityki jedności niemieckiej RFN 1949-1989*, [w:] *Zamknięcie kwestii niemieckiej 1989-1991. Studia i szkice*, red. J. Sawczuk, Opole 2007, s. 9-26.

II. Zakładane kwoty wiadcze (szacunek do 2000 r.)	
BEG (obecnie obejmuje ok. 175 tys. rent)	19 346
BRUG	0,322
Pozostałe wiadczenia (słu by publiczne i inne)	2300
wiadczenia z tytułu prawnych regulacji krajowych	0,080
Szczególne regulacje i wypadki dora ne	0,041
Razem	22 089
III. Szacunkowo odszkodowania powy sze pobiera:	
ok. 20% uprawnionych w kraju (RFN/Niemcy)	102 665
ok. 40% uprawnionych w Izraelu	
ok. 40% uprawnionych z pa stw innych (głównie zachodnich)	

ródło: 40 Jahre Außenpolitik der Bundesrepublik Deutschland. Fine Dokumentation, Bonn 1989, s. 775.

Przedstawione wiadczenia stanowiły form odszkodowa wojennych, ale ich podstaw nie były reparacje z tytułu umowy poczdamskiej z 2 sierpnia 1945 r., lecz własna decyzja RFN b d ca wyrazem finansowego zado uczynienia ofiarom narodowego socjalizmu. Z danych Federalnego Ministerstwa Finansów wynika, i do ko ca 2015 r. zjednoczone Niemcy wypłaciły z tytułu powy szych ustaw restytucyjno-odszkodowawczych od lat 50. do 31 grudnia 2015 r. w przeliczeniu na euro ł cznie 73,422 mld odszkodowa wojennych ze rodków bud etowych Niemiec¹⁴.

Na marginesie warto podkre li , i w londy skim układzie o długach z 27 marca 1953 r. zachodni wierzyciele zredukowali wobec RFN znacznie długi niemieckie z okresu po pierwszej oraz po drugiej wojnie wiatowej. Natomiast ostateczne uregulowanie reparacji wojennych odroczone do chwili podpisania traktatu pokojowego z Niemcami. Do takiej regulacji jednak nigdy nie doszło.

Główne tendencje kontrowersji wokół odszkodowa wojennych w stosunkach polsko-niemieckich w latach 1970-2007

Problem odszkodowa wojennych dla Polski stał si ponownie aktualny podczas negocjacji na temat układu PRL-RFN w 1970 r. W dniu jego

¹⁴ Por. Leistungen der öff entlichen Hand auf dem Gebiet der Wiedergutmachung, Bundesministerium der Finanzen, 31.12.2016, dost pne na: www.bundesfinanzministerium.de.

podpisania, 7 grudnia 1970 r., podniósł j w bezpo redniej rozmowie z kanclerzem RFN Willym Brandtem Władysław Gomułka I sekretarz KC PZPR, wymieniaj c kwot odszkodowa na 10 mld DEM. Brandt uznał tak wysokie odszkodowanie za całkowicie nierealistyczne, wskazuj c dodatkowo na wielkie trudno ci wewn trzne w RFN ze strony Federalnego Zwi zku Wyp dzonych (Bund der Vertriebenen - BdV) jako reprezentanta „wyp dzonych” ziomkostw, popieranego przez opozycj Christlich Demokratische Union Deutschlands (CDU) i Christlich-Soziale Union (CSU). Dla Polski miała pierwszoplanowe znaczenie sprawa ostatecznego uznania przez RFN polskiej granicy zachodniej na Odrze i Nysie Łu yckiej. RFN zgodziła si j jedynie uzna jako „nienaruszaln obecnie i w przyszło ci”. Znalazła si ona w układzie normalizacyjnym PRL z RFN z 7 grudnia 1970 r. Podpisano j jednak tylko w imieniu cz ci Niemiec - RFN, gdy stosownie do doktryny prawnej Bonn mógłby j uzna ostatecznie wył cznie rz d zjednoczonych Niemiec w przyszłym traktacie pokojowym Po nawi zaniu stosunków dyplomatycznych mi dzy Polsk a RFN w 1972 r. stosunki wzajemne były obci one oczekiwaniami ówczesnego kierownictwa PRL na uzyskanie od RFN odszkodowa indywidualnych dla Polaków, zwłaszcza za b d cych ofiarami represji III Rzeszy podczas okupacji, w tym głównie wi niów obozów koncentracyjnych i robotników przymusowych podczas II wojny wiatowej. Po podpisaniu wspomnianego układu normalizacyjnego z Polsk na pocz tku lat 70. RFN przekazała rz dowi PRL za po rednictwem organizacji Czerwonego Krzy a w Genewie kwot ok. 120 mln DEM dla najbardziej poszkodowanych ofiar eksperymentów pseudomedycznych, co jednak nie zadowoliło Warszawy¹⁵. Ze swej strony rz d federalny zabiegał o rozszerzenie zakresu migracji ludno ci pochodzenia niemieckiego do RFN w ramach tzw. akcji ł czenia rodzin. Cz ciowy kompromis w powy szych sprawach osi gni to dopiero po całonocnej rozmowie kanclerza Helmuta Schmidta z I sekretarzem KC PZPR Edwardem Gierkiem w Helsinkach od 1 do 2 sierpnia 1975 r. przy okazji uroczystego podpisania aktu ko cowego Konferencji Bezpiecze - stwa i Współpracy w Europie (KBWE). Uzgodnienia zostały uj te w pakiet porozumie podpisanych 9 pa dziernika 1975 r. w Warszawie podczas wizyty ministra spraw zagranicznych Hansa-Dietricha Genschera w Polsce. Obejmował on:

- umow o zaopatrzeniu emerytalnym i wypadkowym (tzw. umowa rentowa);

¹⁵ Por. S.M. Baumann, *Menschenversuche und Wiedergutmachung*, München 2009, s. 166-178.

- porozumienie w zakresie zaopatrzenia emerytalnego między obywatelami i ich instytucjami ubezpieczeniowymi;
- umów między innymi o udzieleniu przez RFN Polsce kredytu finansowego w wysokości 1 mld DM o niskim oprocentowaniu (2,5%) w celu wsparcia współpracy gospodarczej;
- zapis protokolarny dotyczący wyjazdu z Polski 120-125 tys. osób pochodzenia niemieckiego na pobyt stały do RFN.

Dodatkowo uzgodniono wieloletni program współpracy gospodarczej, który poszerzał wcześniejsze zawarte umowy dwustronne o współpracę gospodarczą z 1970 r. i 1974 r. Zgodnie z punktem 2 pakietu porozumienia RFN zobowiązała się wypłacić Polsce 1,3 mld DM z tytułu świadczeń poniesionych przez polskie instytucje ubezpieczeniowe po II wojnie światowej dla różnych kategorii osób. W RFN traktowano wymienione świadczenia jako formę odszkodowania dla Polski za znaczny ubytek różnych kategorii ludności. Ze względu na fakt, że porozumienie podlegało ratyfikacji przez Bundestag i Bundesrat, w marcu 1976 r. doszło w RFN do ostrych kontrowersji parlamentarnych między CDU/CSU a Sozialdemokratische Partei Deutschlands (SPD) i Freie Demokratische Partei (FDP) oraz w mediach zachodnioniemieckich. Uważano bowiem, że wyjazd Niemców z Polski do RFN jest okupiony zbyt dużymi świadczeniami finansowymi. Ze względu na przewagę krajów CDU/CSU w Bundesracie wydawało się, że pakiet porozumienia z Polską może zostać odrzucony. Z uwagi na zarysowujące się trudności wewnętrzne i napięcia społeczne w Polsce kierownictwo partyjno-państwowe było skłonne pójść na maksymalne ustępstwa wobec RFN, wyrażając zgodę na to, że akcja łaczenia rodzin nie ograniczy się wyłącznie do uzgodnień w zapisie protokolarnym, ale będzie kontynuowana w terminie późniejszym. Pozwoliło to na zmianę stanowiska CDU/CSU, szczególnie po ich poparciu przez przywódcę opozycji chadeckiej w Bundestagu Helmuta Kohla oraz znacznej części umiarkowanych polityków CDU. 12 marca 1976 r. doszło do jedynolitej ratyfikacji Bundesratu¹⁶. Na marginesie warto pokreślić, że w momencie wybuchu kryzysu społeczno-politycznego oraz wprowadzenia stanu wojennego w Polsce w 1981 r. rząd SPD/FDP poparł masową akcję społeczeństwa zachodnioniemieckiego przesyłania milionów paczek do odbiorców indywidualnych oraz organizacji kochanym i charytatywnych w Polsce, zwalniając je w 1982 r. całkowicie z opłat pocztowych.

Po zmianie politycznej i przebiegu jesieni 1982 r. pełni władzy przez nową koalicję CDU/CSU/FDP z kanclerzem Kohlem stosunki z Polską

¹⁶ Zob. E. Cziomer, *Zarys historii Niemiec współczesnych...*, op. cit., s. 328-330.

ulegały stopniowej poprawie. W latach 1988-1989 prowadzono intensywne rozmowy na temat przygotowania nowych ram prawnych oraz zasad współpracy wzajemnej między RFN a PRL. Rozmowy nie zostały zakończone i były kontynuowane w latach 1990-1991 po przezwycięzeniu konfliktu Wschód-Zachód, zwrocie politycznym, utworzeniu jesienią 1989 r. rządu Tadeusza Mazowieckiego w Polsce oraz wizycie kanclerza Kohla w Warszawie i w Polsce od 9 do 15 listopada 1989 r. Podczas toczących się w 1990 r. czterech rund rozmów „2+4” Polska została zaproszona tylko na spotkanie w Paryżu 17 lipca 1990 r., uzyskując poparcie dla swojego zasadniczego postulatu - ostatecznego uznania przez zjednoczone Niemcy polskiej granicy zachodniej. Minister spraw zagranicznych Krzysztof Skubiszewski wiadomością zrezygnował z podniesienia sprawy niemieckich odszkodowań wojennych dla Polski, gdy mogło to odroczyć na dłuższy czas spraw ostatecznego charakteru polskiej granicy zachodniej z Niemcami. Polska nie mogła przeforować swojego postulatu mimo poparcia premier Wielkiej Brytanii Margaret Thatcher, aby układ graniczny z Niemcami został podpisany przed zakończeniem rozmów na temat wspomnianego już wyżej układu „2+4” (12 września 1990 r.), zastępującego traktat pokojowy¹⁷.

Do podpisania traktatu granicznego między Polską a Niemcami doszło ostatecznie 14 listopada 1990 r. Jego najważniejsze postanowienia to:

- postanowienia art. 1, w którym obie strony potwierdziły istniejącą między nimi granicę, wymieniając także wszystkie najważniejsze układy zawarte w przeszłości między Polską a dwoma państwami niemieckimi (układ zgorzelecki z NRD z 6 lipca 1950 r. wraz z wykonawczym aktem delimitacyjnym z 27 stycznia 1951 r., umowa o rozgraniczeniu wód terytorialnych między NRD a PRL z 22 maja 1989 r. oraz układ normalizacyjny PRL-RFN z 7 grudnia 1970 r.);
- stwierdzenie w art. 2, iż „istniejąca między nimi granica jest nienaruszalna teraz i w przyszłości” oraz „zobowiązują się wzajemnie do bezwzględnego poszanowania ich suwerenności i integralności terytorialnej”;
- oświadczenie w art. 3, iż obie strony „nie mają żadnych roszczeń i takich roszczeń nie będą wysuwać w przyszłości”¹⁸.

¹⁷ *Polska-Niemcy: dobre sąsiedztwo i przyjazna współpraca*, red. J. Barcz, M. Tomala, Warszawa 1992.

¹⁸ Traktat między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Federalną Niemiec o potwierdzeniu istniejącej między nimi granicy, podpisany w Warszawie dnia 14 listopada 1990 r. (Dz. U. z 1992 r. Nr 14, poz. 54).

W sze ciu akapitach preambuły obie strony deklarowały mi dzy innymi ch działa na rzecz „trwałego porozumienia i pojednania mi dzy Polakami i Niemcami” (akapit 6), budowy „europejskiego porz dku pokojowego, w którym granice nie b d ju dzieliły” (akapit 2). Ponadto powołano si na postanowienia aktu ko cowego KBWE z 1975 r. oraz układu „2+4” podpisanego w Moskwie 12 wrze nia 1990 r. o ostatecznej regulacji w odniesieniu do Niemiec, które niejako wzmacniały ostateczny charakter granicy polsko-niemieckiej. Niezwykle no ny i wci aktualny jest zapis akapitu 5 preambuły gło sz cy mi dzy innymi, i „45 lat min ło od zako czenia II wojny wiatowej” oraz e „ogromne cierpienia jakie przyniosła ta wojna, w tym tak e utrata przez licznych Niemców i Polaków ich stron rodzinnych w wyniku wyp dzenia lub wysiedlenia” stanowi „ostrze enie i wyzwanie do kształtowania pokojowych stosunków mi dzy obu Narodami i Pa stwami”¹⁹.

W tym miejscu warto jednak zauwa y , i polsko-niemiecki układ graniczny z 14 listopada 1990 r. nie odnosił si bezpo rednio do umowy poczdamskiej z 2 sierpnia 1945 r. Wykładnia taka wi e wszystkie rz dy Niemiec do 2017 r. Natomiast polska doktryna polityczno-prawna wychodzi z nieziennej tezy, i umowa poczdamska z 2 sierpnia 1945 r. posiada charakter konstytutywny. Umowa poczdamska nie podlegała bowiem ratyfikacji i weszła w ycie w dniu podpisania. Wymienione wy ej układy PRL z NRD i RFN z 1950 r. i z 1970 r. oraz zjednoczonych Niemiec z RP z 14 listopada 1990 r. miały zatem jedynie charakter deklaratywny. Miało to konsekwencje dla pó niejszych kontrowersji polsko-niemieckich, jak np. w kwestii podwójnego obywatelstwa ludno ci rodzimej na ziemiach zachodnich i północnych Polski, roszcze restytucyjno-odszkodowawczych i innych²⁰.

Po zjednoczeniu Niemiec w 1990 r. Polska i Niemcy stan ły wobec zadania zawarcia nowego traktatu uwzgl dniaj cego zmieniaj c si sytuacj w Europie. W tym celu oba rz dy wynegocjowały Traktat o dobrym s siedztwie i przyjaznej współpracy, który został podpisany 17 czerwca 1991 r. w Bonn²¹. Jednak w zał czniku znalazło si 5 punktów wył czonych z tekstu traktatu, w ród których, z punktu widzenia niniejszej analizy, najwa niejsze znaczenie miało wył czenie spraw m ajtkowych (punkt 5). Wynikało to z faktu, i obie strony nie doszły do

¹⁹ Zob. *Deutsch-polnische Verträge, Die deutsch-polnischen Verträge vom 14.11.1990 und 17.06.1991*, Hrsg. vom Auswärtiges Amt (AA), Bonn 1991.

²⁰ R. Wildenmann, *Polen und die Rechtslage Deutschlands 1945-1997*, Berlin 2001.

²¹ Traktat mi dzy Rzecz pospolit Polska a Republik Federaln Niemiec o dobrym s siedztwie i przyjaznej współpracy, podpisany w Bonn dnia 17 czerwca 1991 r. (Dz.U. z 1992 r. Nr 14, poz. 56).

porozumienia w dwóch kwestiach, w których miały całkowicie przeciwstawne interesy:

- rząd RP dążył do uzyskania odszkodowań indywidualnych z Niemiec dla ofiar III Rzeszy w Polsce;
- rząd CDU/CSU/FDP (1982-1998), ciesząc się dużym poparciem politycznym rozbudowanych struktur i funkcjonariuszy BdV oraz podległych mu ziemkostw jako reprezentanta ponad 8 mln Niemców „wypędzonych” lub przymusowo przesiedlonych (ok. 3 mln) w latach 1945-1949 z przejętych przez Polskę ziem zachodnich i północnych. Wysuwali oni wobec Polski roszczenia restytucyjno-odszkodowawcze.

W toku negocjacji w 1991 r. polsko-zachodnioniemieckich rząd RP zgodził się na porozumienie regulacji zaspokojenia roszczeń polskich ofiar III Rzeszy przez dobrowolne i jednostronne świadczenia RFN w wysokości 500 mln DEM na rzecz poszkodowanych Polaków, głównie więźniów obozów koncentracyjnych. Po przewalutowaniu i dodaniu odsetek fundacja Polsko-Niemieckie Pojednanie w Warszawie w latach 1992-2004 dysponowała ogólnie kwotą 731 843 500 zł, którą rozdysponowano między 160 689 osób w Polsce. Regulacja powyższa była stosunkowo niska i dlatego budziła wiele kontrowersji w Polsce. Szczególnie negatywnie oceniono fakt, iż regulacja powyższa nie obejmowała w Polsce robotników przymusowych III Rzeszy (w latach okupacji stan ich sięgał szacunkowo do ok. 2,8 mln Polaków) oraz ich potomków. Pod koniec lat 90. Polska przyłączyła się do rokowań międzynarodowych ok. 80 państw pod kierunkiem dyplomacji USA jako rzeczniczka żydów amerykańskich z rządu SPD/Sojusz 90 Zieloni oraz koncernami niemieckimi. W efekcie tych rokowań, wspólnego oświadczenia stron 17 lipca 2000 r. oraz po uchwaleniu stosownej ustawy Bundestagu 2 sierpnia 2000 r. utworzono fundację Pamięć - Odpowiedzialność - Przyszłość. Wynegocjowana kwota do podziału ze strony Niemiec wynosiła 10 mld DEM. Z tej puli fundacja Polsko-Niemieckie Pojednanie uzyskała w 2001 r. kwotę 1,812 mln DEM (ok. 926 460 888 euro). Po doliczeniu odsetek bankowych oraz odliczeniu kosztów obsługi administracyjnej w latach 2001-2006 wdrożono wypłat świadczeń dla poszkodowanych w Polsce o równowartości 973 312 473 euro dla 438 287 osób - byłych robotników przymusowych III Rzeszy, a także dla blisko poszkodowanych na zdrowiu i innych ofiar wojny. Dodatkowo w latach 2002-2011 fundacja Polsko-Niemieckie Pojednanie ze swych funduszy wydatkowała na powyższe kategorie poszkodowanych ok. 100 mln zł²².

²² Por. G.W. Góralski, J. Sulek, *25 lat traktatu o dobrej sąsiedztwie RP-RFN. Polska i Niemcy w Europie XXI wieku. Razem czy osobno?*, Warszawa 2016, s. 31-32.

Warto w tym miejscu podkreślić, iż i łcznie w Polsce ofiary III Rzeszy otrzymały po II wojnie wiatowej do 2015 r. i łcznie ró ne wiadczenia indywidualne o warto ci ok. 6 mld zł, z czego 5,5 mld zł z Niemiec. Jak ju wy ej stwierdzono, kwot wypłaciła dawna RFN i zjednoczone Niemcy, gdy NRD nie uczestniczyła w adnej formie wiadczce finansowych. Pozostałe rodki pochodziły głównie z Szwajcarii, Austrii i USA²³.

Perspektywa członkostwa Polski w UE na pocz tku XXI w. spowodowała nasilenie si roszcze restytucyjno-odszkodowawczych wobec Polski ze strony BdV oraz zwi zanych z nim ziomkostw. Rz d SPD/Sojusz 90 Zieloni odrzucał powy sze roszczenia oraz budow przez BdV Centrum Przeciwno Wyp dzeniu w Berlinie, traktowane w Warszawie jako prowokacj przeciwko Polsce i Polakom. Równocze nie od pocz tku XXI w. „wyp dzeni” wysyłali masowo do urz dów samorz dowych w Polsce na ziemiach zachodnich i północnych dokumenty z pro b o potwierdzenie prawa ich własno ci do pozostawionych tam po wojnie nieruchomości lub gruntów. Wywoływało to obawy ze strony zamieszkuj cej tam ludno ci polskiej. Dodatkowo na stronach internetowych BdV w 2002 r. wywieszono szczegółów wycen niemieckich strat na ziemiach przej tych w 1945 r. przez Polsk . Zostały one ju opracowane i opublikowane w 1974 r. przez specjaln komisj naukowców i ekspertów, zawieraj c nast puj ce dane:

- na i łczn warto oceniano na ok. 355 mld DEM, z czego na utracone mienie prywatne przypadło ok. 300 mld DEM według cen z 1974 r.;
- po doliczeniu odsetek według cen z 1999 r. warto i łczna strat niemieckich została za oszacowana na ok. 710 mld DEM, z czego na mienie prywatne przypadało ok. 600 mld DEM;
- z powy szych strat na Polsk w granicach z 1939 r. oraz Wolne Miasto Gda sk straty niemieckie szacowano na ok. 180 mld DEM według cen z 1974 r. (natomiast straty polskie na obszarze Białorusi i Ukrainy przej tych w latach 1939-1945 przez ZSRR wyceniono tylko na ok. 8 mld DEM);
- na obszarach przej tych przez Polsk w 1945 r. zgin ło i łcznie ok. 900 tys. Niemców, z czego ok. 200 tys. jako ofiary bezpo rednio u ytej przeciwko nim przemocy²⁴.

W przededniu wej cia Polski do UE 2003/2004 spraw roszcze odszkodowawczo-restytucyjnych nasiliło powi zane osobowo i organizacyjnie z BdV Powiernictwo Pruskie, które rozpocz ło przygotowania do

²³ *Ibidem*, s. 33.

²⁴ Zob. szczegółowo: *Die deutschen Vertreibungsverluste in den Vertriebenenengebieten (2002-2006)*.

równoczesnego złożenia formalnych pozwów przed sądami polskimi, trybunałami europejskimi, a nawet sądami USA. Koncentrowały się one głównie na próbach odzyskania mienia pozostawionego na ziemiach zachodnich i północnych Polski przez tzw. polskich przesiedleńców z lat 70. XX w., którzy formalnie nadal figurowali, ze względu na zaniedbania władz samorządowych, jako ich właściciele w rejestrach hipotecznych.

Roszczenia odszkodowawcze BdV, a następnie Powiernictwa Pruskiego, doprowadziły do dezorientacji w środowisku społeczeństwa polskiego. Do kontrataku ruszyły zarządy niektórych miast polskich na czele z Warszawą, które były zdominowane przez partie wyrażające antyniemieckie - Prawo i Sprawiedliwość (PiS), rząd Lecha Piłsudskiego (LPR), przygotowując ze swojej strony bilans polskich strat wojennych. Same straty Warszawy i jej mieszkańców ocenia się szacunkowo na ok. 40 mld dol. współczesnych dolarów, czyli ok. 160 mld zł. Kanclerz Gerhard Schröder z SPD, która zwalczała BdV, przemawiając w Warszawie z okazji 60. rocznicy powstania warszawskiego 1 sierpnia 2004 r. odrzucił nie tylko roszczenia i pozwy niemieckie wobec Polski, oświadczając zarazem, iż rząd federalny zajmie w takiej sytuacji również negatywne stanowisko przed trybunałami międzynarodowymi²⁵. Wydarzenia i kontrowersje powyższe przyspieszyły uchwalenie odraczanej od przeszło roku uchwały Sejmu RP z dnia 10 września 2004 r. w sprawie praw Polski do niemieckich reparacji wojennych oraz w sprawie bezprawnych roszczeń wobec Polski i obywateli polskich wysuwanych w Niemczech²⁶. Istota powyższej uchwały sprowadza się do następujących punktów:

- domaganie się od Niemiec stosownej „kompensaty finansowej i reparacji wojennych” za olbrzymie straty materialne i niematerialne z tytułu „agresji, okupacji i ludobójstwa i utraty niepodległości”;
- stwierdza, iż Polska nie posiada żadnych zobowiązań finansowych wobec obywateli Niemiec, wynikających z II wojny światowej;
- wzywa rząd do podjęcia określonych kroków wobec Niemiec, aby uzyskać stosowne odszkodowania i przedstawi polskiej opinii publicznej wysoko poniesionych strat;
- apeluje do władz Niemiec o uznanie bezzasadności i bezprawności niemieckich roszczeń odszkodowawczych wobec Polski w każdej postaci²⁷.

²⁵ Por. szerzej: E. Cziomer, *Polityka zagraniczna Niemiec...*, op. cit., s. 268 i nast.

²⁶ M.P. z 2004 r. Nr 39, poz. 678.

²⁷ Uchwała Sejmu RP z dnia 10 września 2004 r. w sprawie praw Polski do niemieckich reparacji wojennych oraz w sprawie bezprawnych roszczeń wobec Polski i obywateli polskich wysuwanych w Niemczech (M.P. z 2004 r. Nr 39, poz. 678).

Rząd mniejszościowy Marka Belki odciął się od powyższych roszczeń, stwierdzając w oświadczeniu prasowym między innymi:

Rząd RP - odnotowując obawy społeczne wywołane przez rzeczników polityki roszczeń i nieodpowiedzialnych dla w Niemczech - opowiada się za znalezieniem rozwiązania tej kwestii w dialogu i we współpracy partnerami niemieckimi. Nie jest to łatwe, mamy bowiem do czynienia z różnymi stanowiskami prawnymi. Niemniej jednak Rząd RP stoi na stanowisku, że znalezienie rozwiązania kwestii roszczeń rewindykacyjno-odszkodowawczych leży nie tylko we wspólnym polsko-niemieckim interesie, ale i w interesie jednoczącej się Europy, której nie służy utrzymywanie niepewności i zarzewi konfliktów²⁸.

Podobnie o oświadczenie złożył także minister spraw zagranicznych Włodzimierz Cimoszewicz²⁹. W toku konsultacji międzyrządowych Polski i Niemiec ustalono powołanie wspólnego zespołu prawników niemieckich i polskich pod kierunkiem prof. Jana Barcza i prof. Jochena Froweina, którzy ustalili wspólną argumentację obu rządów na wypadek składania przez prawników żądań wypłaconych w Niemczech wniosków z roszczeniami restytucyjno-odszkodowawczymi przed trybunałami europejskimi - głównie przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka (ETPCz) w Strasburgu oraz Trybunałem Sprawiedliwości UE w Luksemburgu³⁰.

Sprawa polskich roszczeń odszkodowawczych odżyła po wygraniu jesieni 2005 r. wyborów prezydenckich i parlamentarnych przez PiS oraz utworzeniu rządu koalicyjnego przez PiS, Samoobronę oraz LPR. Tym razem pierwszoplanową rolę w forsowaniu roszczeń odszkodowawczo-restytucyjnych w odniesieniu do ponemieckiej własności na ziemiach zachodnich i północnych zgłaszało tzw. Powiernictwo Pruskie (zwłaszcza jego biuro prawne w Dusseldorfie), występujące głównie w imieniu polskich przesiedleńców, którzy posiadali z reguły własne dokumenty własności (wpisy do ksiąg hipotecznych w odniesieniu do pozostawionych w Polsce nieruchomości i ziemi itp.). Podczas międzyrządowych konsultacji polsko-niemieckich w latach 2006-2007 między kanclerzem Angeli Merkel a premierem Jarosławem Kaczyńskim rząd CDU/CSU/SPD z jednej strony potwierdził odmowę udzielenia jakiegokolwiek poparcia dla indywidualnych roszczeń obywateli niemieckich

²⁸ O oświadczenie MSZ w sprawie uchwały Sejmu RP, 10.09.2004, dostępne na: www.msz.gov.pl.

²⁹ Wypowiedź ministra spraw zagranicznych W. Cimoszewicza dotycząca problematyki roszczeń niemieckich z 15 września 2004 r., www.msz.gov.pl.

³⁰ Por. J. Barcz, J. Frowein, *Gutachten zu Ansprüchen aus Deutschland gegen Polen in Zusammenhang mit dem Zweiten Weltkrieg*, Berlin-Warszawa 2004.

wobec Polski, w tym także w ramach Powiernictwa Pruskiego w ETPCz. Odrzucił jednak propozycję Kaczyńskiego odnośnie do podpisania stosownej polsko-niemieckiej umowy międzynarodowej w sprawie wzajemnych rezygnacji z całokształtu odszkodowania przez oba rządy:

- z reparacji wojennych;
- wszelkich roszczeń odszkodowawczych Niemców wobec Polski i Polaków wobec Niemiec.

Zaznaczono przy tym w punkcie 2, iż takie porozumienie skomplikowałoby całkowicie kwestię późnych przesiedleńców, gdyby sprawę uznania o nich lub nieważności ich roszczeń wobec pozostawionego w Polsce mienia po opuszczeniu Polski mogły rozstrzygać tylko sądy polskie³¹.

Utworzony po przedterminowych wyborach w Polsce jesienią 2007 r. rząd Platformy Obywatelskiej (PO) i Polskiego Stronnictwa Ludowego (PSL) zrezygnował z dalszego forsowania roszczeń reparacyjno-odszkodowawczych wobec Niemiec, doprowadzając do cisłej współpracy z rządem federalnym kanclerz Merkel w Niemczech w wymiarze bilateralnym oraz w ramach UE (2007-2015). Równocześnie wniesiona skarga przez Powiernictwo Pruskie z kilkunastoma osobami fizycznymi (późnymi przesiedleńcami w RFN) przeciwko Polsce do ETPCz z daniami zwrotu skonfiskowanych przez Polskę bez stosownej rekompensaty majątków, położonych na obszarach Rzeszy Niemieckiej w granicach z 1937 r., została 7 października 2008 r. jednoznacznie odrzucona. Wskazując w sentencji orzeczenia ETPCz stwierdzał między innymi, że „Polska otrzymała byłe niemieckie obszary wschodnie jako rekompensatę, wywodząc się z postanowień jankeskich, w zamian za utracone polskie obszary wschodnie”³².

Wnioski ogólne: istota nowych polskich roszczeń odszkodowawczych wobec Niemiec w 2017 r. oraz dotychczasowe reakcje niemieckie

Polskie roszczenia reparacyjno-odszkodowawcze wobec Niemiec w 2017 roku nawiązują do złożonych problemów polityczno-prawnych z przeszłości, ale do tej pory nie rzutują w sposób decydujący na stosunki polsko-niemieckie. Pozwala to na sformułowanie następujących wniosków i ocen:

³¹ Por. E. Cziomer, *Rola Niemiec w kształtowaniu nowej polityki wschodniej i Partnerstwa Wschodniego Unii Europejskiej*, „Krakowskie Studia Międzynarodowe” 2009, nr 4, s. 185-186.

³² Cyt. za G.W. Góralski, J. Sułek, *25 lat traktatu o dobrej sąsiedztwie...*, op. cit., s. 37.

1. Polskie roszczenia reparacyjne i odszkodowawcze, przedstawione w dotychczasowej formie, posiadaj wewn trzny oraz polityczny charakter. Zostały one zgłoszone przez prezesa PiS Jarosława Kaczyńskiego na konwencji Zjednoczonej Prawicy w lipcu 2017 r. jako gigantyczne szkody, których Polska nie odrobiła po dzie dzisiejszy. Następnie klub parlamentarny PiS zamówił wykonanie stosownej ekspertyzy w Biurze Analiz i Ekspertyz Sejmu RP (zob. przypis nr 4). Miała ona odpowiedzieć formalnie na pytanie, jakie mo liwo ci w zwi zku z umowami mi dzynarodowymi posiada aktualnie Polska w sprawie dochodzenia od Niemiec rekompensaty za szkody spowodowane przez II wojn iatow . Autor ogólnie potwierdził w niej prawo Polski do reparacji, uzasadniaj c to głównie licznymi niedopatrzzeniami formalno-prawnymi niektórych umów mi dzynarodowych, koncentruj c si zwłaszcza na niewi cym charakterze zrzeczenia si reparacji przez rz d PRL 23 sierpnia 1953 r. w stosunku do NRD. Generalnie nie udzieliła ona jednak odpowiedzi na zasadnicze pytanie zleceńodawców, w jaki sposób Polska winna dochodzi do realizacji powy szych roszcze . Dlatego te ekspertyza powy sza nie została uznana za oficjalny dokument rz dowy przez polskie MSZ, które deklarowało natomiast gotowo przygotowania dalszych ekspertyz oraz podj cie rozmów z rz dem Niemiec w bli ej nieokre lonej chwili³³. Szczegółow wycen strat wojennych Polski winien dokona powołany z inicjatywy PiS pod koniec wrze nia 2017 r. zespół parlamentarny Sejmu ds. reparacji niemieckich³⁴. Jednak podawana od ponad dwóch miesi cy przez wielu czołowych polityków polskich obozu rz dowego jako wysoko mo liwych reparacji niemieckich - od kilkuset miliardów dolarów do 1 biliona lub nawet wi cej bilionów zł stało si popularne w mediach oraz w znacznej cz ci polskiej opinii publicznej. Krytycznie wypowiadali si niektórzy naukowcy polscy ze wzgl dów merytorycznych - zarówno w kontek cie prawnomi dzynarodowym³⁵, jak te wytworzenia si nowej sytuacji politycznej przeszło 70 lat po II wojnie iatowej w Europie³⁶.
2. Starania o uzyskanie reparacji niemieckich przez Polsk popiera blisko połowa (48%) ankietowanych, a przeciwnego zadania jest 29%.

³³ Por. A. Bartkiewicz, MSZ: „Niejednoznaczne analizy” ws. *Reparacji wojennych od Niemiec*, „Rzeczpospolita”, 10.08.2017, dost pnie na: www.rp.pl.

³⁴ *Powołano parlamentarny zespół ds. odszkodowa wojennych od Niemiec*, 29.09.2017, dost pnie na: www.forsal.pl.

³⁵ W. Czapli ski, *Chcemy obali Poczdam, tylko nie wiemy jak* [wywiad], „Gazeta Wyborcza” 13.09.2017.

³⁶ P. Buras, *Racje i reparacje*, „Polityka”, 20.09.2017, nr 38, s. 18-19.

Najwięcej zwolenników (59%) jest w grupie wiekowej od 33 do 44 lat, a najwięcej sceptyków w grupie najmłodszych respondentów (36%) w wieku od 18 do 24 lat. Wśród elektoratu partyjnych kształtuje się to następująco: 81% zwolenników PiS popiera reparację, zaś również 69% ankietowanych wyborców ruchu Kukiz'15³⁷. Znacznie mniej zwolenników reparacji znajduje się wśród zwolenników pozostałych parlamentarnych partii opozycyjnych: PO, Nowoczesnej i PSL.

3. Ekspertyza Bundestagu (zob. przypis 5) podejmuje analizę polskich roszczeń odszkodowawczych z punktu widzenia prawa międzynarodowego, jak też orzecznictwa Federalnego Trybunału Konstytucyjnego oraz stanowiska prawnego wszystkich rządów RFN i zjednoczonych Niemiec. W rezultacie dochodzi do wniosku, iż z punktu widzenia prawa międzynarodowego sprawa reparacji niemieckich po 1945 r. została rozstrzygnięta przez mocarstwa zachodnie i ZSRR w połowie lat 50. Z reparacji niemieckich zrezygnowały wtedy zarówno mocarstwa zachodnie, jak i ZSRR. Ostatecznym cezur zamknięcia sprawy odszkodowań wojennych są wspomniane już wyżej układ „2+4” z 12 września 1990 r. oraz podpisanie przez wszystkie kraje Paryskiej Karty Nowej Europy 21 listopada 1990 r., w tym również Polski i zjednoczonych Niemiec.
4. Publicyści oraz nieliczni politycy niemieccy podkreślają ogromną odpowiedzialność polityczno-moralną Niemiec za straty materialne i cierpienia ludności polskiej w czasie II wojny światowej, wykluczając jednak aktualność, zasadność oraz możliwość spełnienia przez Niemcy polskich roszczeń odszkodowawczych. Najczęściej spotykane w mediach argumenty to:
 - sprawa reparacji wobec Niemiec leżała w wyłącznej kompetencji czterech mocarstw, które zrezygnowały z nich już w połowie lat 50.;
 - Polska wraz z ZSRR zrezygnowała ze swojej części reparacji 23 sierpnia 1953 r. „z całych Niemiec”, czego nie można w żaden sposób podważyć w sposób prawnomiędzynarodowy;
 - odszkodowania indywidualne dla Polaków z dawnej RFN do 1989 r. oraz z zjednoczonych Niemiec po 1990 r. były regulowane w trybie jednostronnych lub dwustronnych umów międzynarodowych z Polską³⁸.

³⁷ *Chcemy reparacji, ale nie wierzymy, że uda się je wywalczyć*. Sonda, „Dziennik Gazeta Prawna” 18.09.2018, s. A2.

³⁸ S.F. Kellerhoff, *Warum Deutschland Polen keine Reparationen schuldet*, 8.09.2017, dostępna na: www.welt.de.

5. Mi dzynarodowy Trybunał Sprawiedliwoci w Hadze, ETPCz oraz s dy niemieckie oddalały w latach 2001-2015 systematycznie roszczenia i skargi odszkodowawcze greckich ofiar indywidualnych i zbiorowych III Rzeszy skierowanych przeciwko Niemcom (np. w sprawie zbrodni w Distomo w 1944 r.). W wietle powy szego Polska nie b dzie w stanie przeforsowa swoich roszcze reparationno-odszkodowawczych wobec Niemiec po 2017 r. zarówno przed trybunałami mi dzynarodowymi, jak i w rozmowach bilateralnych z rz dem federalnym³⁹.
6. Ogólnoniemieckie media oceniaj generalnie negatywnie wyst pie nia czołowych polityków polskich, zwłaszcza PiS, z roszczeniami reparationno-odszkodowawczymi wobec Niemiec, traktuj c je jako:
 - przemylan kampani antyniemieck w Polsce, skierowan na oddziaływanie wewn trzne wobec własnego społecze stwa w celu utrzymania i poszerzenia własnej bazy politycznej⁴⁰;
 - przejecie ekipy rz dz cej PiS do realizacji nieodpowiedzialnej polityki historycznej wobec Niemiec⁴¹.

³⁹ R. Müller, *Die Zeit für Reparationen ist vorbei*, 9.02.2015, dost pne na: www.faz.net.

⁴⁰ R. Veser, *Polnische Kampagne gegen Deutschland*, 30.08.2017, dost pne na: www.faz.net.

⁴¹ F. Knauß, *Polens Regierung betreibt verantwortungslose Geschichtspolitik*, 21.08.2017, dost pne na: www.wiwo.de.

Wojciech Dadak

Terroryzm - nowe zagrożenie
czy niedostrzegane wcześniej zjawisko?
O problemach z definiowaniem i analizą
przebiegu terrorystycznej

Terroryzm jako zjawisko społeczne stanowi obecnie problem, który wywiera znaczny wpływ na funkcjonowanie społeczeństwa. Wynika to z wielu czynników, wśród których znaczenie podstawowe ma charakterystyczne dla współczesności dążenie do zapewnienia obywatelom bezpieczeństwa przez władze publiczne. Cel ten jest przedmiotem programów partii politycznych aspirujących do uzyskania władzy. Natomiast podczas jej sprawowania stanowi istotną płaszczyznę działań podejmowanych przez organy władzy. Akty terrorystyczne w znaczącym stopniu wpływają na poczucie braku bezpieczeństwa. To z kolei ma wpływ na decyzje polityczne wyborców.

Terroryzm jest zjawiskiem o długiej historii. Za pierwszego terrorystę uznawany jest Herostrates, który chcąc zyskać sławę, spalił w 356 r. p.n.e. w świątyni Artemidy w Efezie¹. Zdarzenie to uznawane jest również

¹ W nawiązaniu do tego wydarzenia w literaturze psychologicznej można spotkać określenie „syndrom Herostratesa” odnoszące się do dążenia do uzyskania sławy za wszelką cenę, niezależnie od kosztów i konsekwencji dla osoby podejmującej tego rodzaju działalność; zob. K. Borkowski, *Konflikty współczesnego świata*, Kraków 2001, s. 120.

za pierwszy akt o charakterze terrorystycznym. Czyny, które w mył współczesnych sposobów definiowania terroryzmu mo na uzna za zamachy terrorystyczne, wyst powały w staro ytnych pa stwach stosunkowo cz sto. Stanowiły one z reguły sposób opanowywania ówczesnych społeczno ci z wykorzystaniem ich zastraszenia i zmuszania do poddania si dominacji. Za pierwsz organizacj o charakterze terrorystycznym uznawana jest sekta asasynów, której członkowie na przełomie XI i XII w. na Bliskim Wschodzie dokonywali zabójstw rycerzy krzy owych. U podło a jej działalno ci była ideologia, co jest elementem wyró niaj cym j od pospolitych zabójstw. Tym samym działalno tego ugrupowania kwalifikowana jest jako pocz tek terroryzmu².

Jako przykład terroryzmu podaje si równie zachowanie jakobinów podczas rewolucji francuskiej³. Zamachy terrorystyczne pojawiły si w znacznym nasileniu na przełomie XIX i XX w. Miały wówczas przede wszystkim podło e anarchistyczne. W ich wyniku gin li monarchowie, prezydenci, premierzy w Europie i Stanach Zjednoczonych⁴. Zamachy skierowane przeciwko politykom miały miejsce równie w okresie miedzywojennym⁵. Znamiona zamachu terrorystycznego miało równie zabójstwo prezydenta Gabriela Narutowicza w 1922 r.

Wymienione zamachy terrorystyczne miały podło e anarchistyczne. Kontynuacja tej tendencji miała miejsce w latach 60. i 70. XX w. w działalno ci takich organizacji terrorystycznych jak Czerwone Brygady (Brigate Rosse) we Włoszech, Akcja Bezpośrednia (Action Directe) we Francji, czy Frakcja Czerwonej Armii (Rote Armee Fraktion) w Niemczech. Akty terroru poczynkowo ukierunkowane były na porwania i zabójstwa osób zajmujących wysokie pozycje w strukturach władzy politycznej, wojsku, policji czy gospodarce. Później działalno terrorystyczna przybrała przede wszystkim posta zamachów, których celem stały si przypadkowe osoby.

² S. Pikulski, *Karnomaterialne, kryminologiczne i kryminalistyczne aspekty terroryzmu*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1991, nr 3-4, s. 24.

³ M. Flemming, *Terroryzm polityczny*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1996, nr 1, s. 3.

⁴ W tym okresie w wyniku zamachów zgin li m.in. prezydent Francji Marie François Sadi Carnot (w 1884 r.), premier Hiszpanii Antonio Canovas del Castillo (w 1897 r.), cesarzowa austriacka Elżbieta (w 1898 r.), król włoski Humbert (w 1900 r.), prezydent Stanów Zjednoczonych William McKinley (w 1901 r.), premier Hiszpanii José Canalejas (w 1912 r.), austriacki arcyksi Franciszek Ferdynand z małżonką Zofią (w 1914 r.).

⁵ W ich wyniku miedzy innymi w tym samym zamachu m.in. król Jugosławii Aleksander Karađorđewić oraz francuski minister spraw zagranicznych Louis Barthou (w 1934 r.).

Początkowo siła oddziaływania czynów o charakterze terrorystycznym na społeczeństwa była związana z pozycją społeczną ofiar zamachów. Informacja o tych czynach była przekazywana przez tradycyjne sposoby komunikowania, przede wszystkim prasę. Obecnie wpływ ten jest uzyskiwany w wyniku eskalowania przemocy przeciwko dużej liczbie przypadkowych ofiar, a informacja przekazywana jest przy wykorzystaniu internetu, w tym także mediów społecznych. Niewątpliwie zarówno formy działalności terrorystycznej, jak i metody realizowania celów tej działalności, w tym metody uzyskiwania wpływu na zbiorowość, zmieniają się. Natomiast same cele nie ulegają zmianom.

Analiza terroryzmu jako zjawiska o istotnych skutkach dla funkcjonowania współczesnych społeczeństw stwarza problemy wynikające z trudności z definiowaniem pojęć używanych do jego opisu. Trudno cię w znacznej mierze wykluczyć, że wymienione określenia mają bardzo wyraźne wartościujące charakter. Działalność, która dla jednych ma charakter walki o wolność, dla innych jest terroryzmem w skrajnej postaci⁶. Metody działań terrorystycznych różnią się od metod stosowanych w ramach działań prowadzonych w ramach wojny partyzanckiej lub innych tego rodzaju działań prowadzonych jako walka narodowowyzwoleńcza⁷. To ostatnie określenie posiada wyraźne zabarwienie polityczno-ideologiczne, gdy używane było w okresie funkcjonowania dwóch antagonistycznych bloków politycznych po II wojnie światowej na określenie procesu stanowiącego tzw. eksport rewolucji, czyli inspirowania lokalnych mniejszości przez partie komunistyczne do zdobycia władzy w danym państwie w drodze stosowania przemocy.

W konsekwencji brak rozróżnień pomiędzy różnymi formami działalności wykorzystujących przemoc do osiągnięcia celów jest charakterystyczny dla postrzegania tych zjawisk przez audytorium społeczne. Efekt ten jest wzmacniany przez przekaz pochodzący z tych środowisk, które metodami terrorystycznymi realizują cele polityczne. Warto podkreślić, że w świetle prawa międzynarodowego, w szczególności w związku z Rezolucją 49/60 Zgromadzenia Ogólnego ONZ⁸ działania terrorystyczne nie mogłyby być uznane za legalną formę walki o osiągnięcie celów politycznych.

⁶ Przykładem może być działalność Irlandzkiej Armii Republikańskiej, zmierzająca do przyłączenia Irlandii Północnej do Irlandii, przez unionistów uznawana za terroryzm, a przez republikanów za walkę patriotów o wolność prowincji.

⁷ A. Merari [w:] G. Chaliand, A. Blin, *A History of Terrorism. From Antiquity to Al Qaeda*, Berkeley 2007, s. 27.

⁸ Rezolucja 49/60 Zgromadzenia Ogólnego ONZ z dnia 9 grudnia 1994 r. w sprawie środków zwalczania terroryzmu międzynarodowego.

Dodatkowym problemem jest nadużywanie określeń związanych z terroryzmem w celu uzyskania efektów politycznych. Dochodzi do tego przez formułowanie populistycznych ocen i poglądów, w których m.in. „terroryzm”, „zamach terrorystyczny”, „terroryści” to określenia używane w celu mobilizacji członków zbiorowoci do aktywności, zwłaszcza w kontekście budowania poparcia społecznego w obliczu wyborów. Nadużywanie tych określeń ma miejsce także w przekazie medialnym. Główną przyczyną tego zjawiska jest uzyskanie większego zainteresowania określonym tytułem lub stacją, która przekazuje informacje silnie oddziałujące na emocje związane z dokonanymi działaniami terrorystycznymi. Ponadto zdarza się, że politycy i media przypisują odmienne znaczenia przytaczanym pojęciom, w zależności od tego, kto jest sprawcą zamachu i jakie są jego cele⁹. Problem z nadawaniem znaczeń występuje również wówczas, gdy sami sprawcy działań terrorystycznych starają się stworzyć wrazenie, iż działalność ta nie ma cech działalności terrorystycznej, lecz jest legalną walką o określone idee lub cele polityczne. W konsekwencji w mediach zamiast określenia „terroryści” używane jest określenie „bojownicy”¹⁰.

Symptomatyczne jest, że istnieje bardzo duża liczba definicji terroryzmu¹¹. Można również stwierdzić, że nie ma zgody co do tego, jakie elementy powinna ona zawierać. Padają nawet stwierdzenia, że terroryzm jest bardziej określeniem potocznym niż terminem opisującym aktywność o specyficznych cechach¹².

Próby definiowania omawianego zjawiska odwołują się m.in. do kryteriów politologicznych, historycznych i prawnych. Charakterystyczne jest również to, że różne podmioty prawa międzynarodowego (państwa, organizacje międzynarodowe), podmioty tworzone w celu współpracy policyjnej i wymiaru sprawiedliwości, jak i przedstawiciele doktryny, tworzą odrębne, często różne się definicje terroryzmu. Wynika

⁹ T. Goban-Klas, *Media i terroryści. Czy zastraszą nas na mier*, Kraków 2009, s. 21.

¹⁰ Od wielu lat zamachy dokonywane przez członków takich organizacji jak Hezbollah czy Hamas to według większości mediów zamachy dokonywane przez „bojowników palestyńskich”, mimo że obie te organizacje są traktowane jako organizacje terrorystyczne. W wielu mediach można też spotkać określenie „bojownicy Państwa Islamskiego”, choć nie ma wątpliwości, że chodzi o terrorystów, a „państwo” to określenie wykorzystywane, aby stworzyć wrazenie powstania podmiotu prawa międzynarodowego.

¹¹ Wskazuje się, że jest ich około stu; zob. I. Resztak, *Zjawisko terroryzmu*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 7-8, s. 149. Inni autorzy podają, że jest ich około 200; zob. G. Nowacki, *Zagrożenia terrorystyczne na wietrze*, „Nierówność Społeczna a Wzrost Gospodarczy” 2014, nr 44, s. 408.

¹² A. Merari [w:] G. Chaliand, A. Blin, *A History of Terrorism...*, op. cit., s. 12.

to m.in. stąd, że zainteresowanie terroryzmem ma charakter interdyscyplinarny. Przede wszystkim występuje na gruncie nauk o bezpieczeństwie oraz politologii. Terroryzm natomiast traktowany jest jako pojęcie typowo polityczne, co w konsekwencji sprawia, że względy polityczne wpływają na sposób definiowania terroryzmu¹³. Odnosi się to szczególnie do tego rodzaju terroryzmu, który jest określany jako międzynarodowy¹⁴. Należy bowiem podkreślić, że wykorzystywanie przemocy do realizacji celów politycznych nie jest wyłącznie domeną organizacji terrorystycznych, które realizują partykularne cele. Znaczna liczba tego rodzaju działań jest inspirowana przez jedną państwa przeciwko innym, a ich celem jest destabilizacja społeczna lub polityczna, a nawet wpływ na kształt władzy politycznej. Tego rodzaju działania określone są jako terroryzm państwowy.

W odniesieniu do prób definiowania terroryzmu wyraźnie widać ewolucję definicji. Ulegały one zmianom wraz ze zmieniającymi się specyfiką zjawiska¹⁵. Definiowanie zjawisk społecznych na podstawie ich fenomenologicznego opisu jest często stosowanym zabiegiem. W przypadku terroryzmu charakterystyczna jest duża dynamika zjawiska wyrażająca się przede wszystkim stosowaniem zmieniających się metod działań terrorystycznych oraz wykorzystywaniem nowych możliwości w zakresie informowania o tych działaniach. Wyraźnie widać to na przykładzie regulacji dotyczących specyficznych form terroryzmu. W okresie, gdy pojawiła się znaczna liczba zamachów dokonywanych na pokładach samolotów, w 1970 r. uchwalono w ramach ICAO¹⁶ Konwencję (tzw. hask) o zwalczaniu bezprawnego zawładnięcia statkami powietrznymi¹⁷, a w 1971 r. Konwencję (tzw. montrealską) o zwalczaniu bezprawnych czynów skierowanych przeciwko bezpieczeństwu lotnictwa cywilnego¹⁸. Natomiast w czasie, gdy pojawiła się fala porwa

¹³ *Wybrane zagadnienia polityki bezpieczeństwa wewnętrznego Unii Europejskiej. Szanse i zagrożenia dla Polski*, red. P. Bryksa, Warszawa 2008, s. 91.

¹⁴ Terroryzm międzynarodowy to działalność nieposiadająca ograniczonego obszaru, a rodzaj obiektu ataku ma wywołać reperkusje międzynarodowe, zob. G. Nowacki, *Zagrożenia...*, op. cit., s. 419.

¹⁵ S. Wojciechowski, *Terroryzm. Analiza pojęcia*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2009, nr 1, s. 54-55.

¹⁶ International Civil Aviation Organization, czyli Organizacja Międzynarodowego Lotnictwa Cywilnego działająca jako agenda ONZ.

¹⁷ Konwencja o zwalczaniu bezprawnego zawładnięcia statkami powietrznymi, sporządzona w Hadze dnia 16 grudnia 1970 r. (Dz.U. z 1972 r. Nr 25, poz. 181).

¹⁸ Konwencja o zwalczaniu bezprawnych czynów skierowanych przeciwko bezpieczeństwu lotnictwa cywilnego, sporządzona w Montrealu dnia 23 września 1971 r. (Dz.U. z 1976 r. Nr 8, poz. 37).

dypłomatów z jednoczesnym formułowaniem przez sprawców da politycznych, w 1973 r. uchwalono Konwencję o zapobieganiu i karaniu przestępstw przeciwko osobom korzystającym z ochrony miedzynarodowej¹⁹ oraz w 1978 r. Międzynarodową konwencję przeciwko braniu zakładników²⁰. W aktach tych znalazły się definicje lub próby formułowania definicji terroryzmu ograniczone do przedmiotu tych konwencji.

Aktualnie problem ten jest wyraźnie widoczny w odniesieniu do szybko zmieniających się warunków społecznych, które stanowią środowisko działania sprawców. Można to przede wszystkim dostrzec w zakresie wykorzystywania komunikatorów internetowych, w tym portali społecznościowych, do rozpowszechniania informacji o zamachach. Sieć internetowa może być zarówno miejscem, jak i rodzajem dokonywania ataków terrorystycznych. Wiele definicji terroryzmu, również tych, które zostały zawarte w aktach prawnych, nie uwzględniają tak znacznej dynamiki zjawiska, wyrażającej się m.in. wykształceniem kolejnej postaci działań terrorystycznych, jak jest tzw. cyberterroryzm²¹.

Próby zdefiniowania terroryzmu pojawiły się już w 1927 r. podczas prac konferencji nad unifikacją prawa karnego²². Można je określić jako definicję przez desygnaty, bowiem wskazano rodzaje przestępstw, które wchodzi w zakres pojęcia terroryzmu. Jednym z pierwszych aktów prawnych, w którym sformułowano definicję terroryzmu, jest Konwencja Ligi Narodów z 1937 r. o zapobieganiu i zwalczaniu terroryzmu, według której, zgodnie z art. 1 ust. 2, aktem terroryzmu są „wszystkie działania przestępcze skierowane przeciwko państwu, których celem jest wytworzenie stanu terroru w umysłach ludzi, grup osób lub społeczeństwa”. Definicję terroryzmu można spotkać także w dokumentach organów i organizacji zajmujących się zwalczaniem terroryzmu. Według FBI „terroryzm to bezprawne użycie przemocy przeciwko osobom lub mieniu celem zastraszenia rządu lub ludności cywilnej w celu realizacji celów politycznych lub społecznych”²³. Nieco inny sposób definiowania

¹⁹ Konwencja o zapobieganiu i karaniu przestępstw przeciwko osobom korzystającym z ochrony miedzynarodowej, w tym przeciwko dyplomatom, sporządzona w Nowym Jorku dnia 14 grudnia 1973 r. (Dz.U. z 1983 r. Nr 37, poz. 168).

²⁰ Międzynarodowa konwencja przeciwko braniu zakładników, sporządzona w Nowym Jorku dnia 18 grudnia 1979 r. (Dz.U. z 2000 r. Nr 106, poz. 1123).

²¹ G. Chaliand, A. Blin, *A History of Terrorism...*, *op. cit.*, s. 77.

²² Dokonano tego na jednej z sześciu konferencji poświęconych temu zagadnieniu, która odbyła się w Warszawie.

²³ K. Kumalski, *Problemy definicyjne pojęcia terroryzmu*, 27.05.2004, dostępne na: www.psz.pl [stan na: 1.01.2018].

terroryzmu występuje w dokumentach grupy TREVI²⁴. Według nich za terroryzm uznawane powinno być użycie lub groźba użycia przemocy (z wyłączeniem działań wojennych) zmierzające do uzyskania celów politycznych²⁵.

Zbliżył zakres mających definicje, które można spotkać w doktrynie nauk o bezpieczeństwie oraz nauk prawnych. Tytułem przykładu można wskazać m.in. następujące.

Terroryzm to „użycie siły lub przemocy, lub groźby przemocy zmierzającej do zyskania celów politycznych lub służenia takim celom”²⁶. Według nieco odmiennej definicji „terroryzm to niepaństwowy czynnik atakujący cele cywilne, by szerzyć strach dla osiągnięcia jakiegoś celu politycznego”²⁷. Według jeszcze innego ujęcia terroryzm to

działanie planowane i/lub realizowane przez jednostkę albo grupę osób, które mają charakter przemysłowy, destrukcyjny [...] i są sprzeczne z prawem, wynikają z różnych motywów i mają różne cele (polityczne, religijne, osobiste i inne), skierowane przeciwko państwu lub innemu podmiotowi międzynarodowemu, jego przedstawicieli, instytucje infrastruktury lub symbole; osoby publiczne, zwierzchni lub niezwiązani z wiatem polityki; „zwykłych” obywateli oraz ich mienie²⁸.

Zdecydowanie bardziej rozbudowaną definicję terroryzmu proponuje Tadeusz Hanausek. Według tego autora

terroryzm to planowana, zorganizowana i zazwyczaj uzasadniana ideologicznie działalność osób lub grup mająca na celu wymuszenie od władz państwowych, społeczeństwa lub poszczególnych osób określonych wiadczeń, zachowań czy postaw, a realizowana w przestępnych formach obliczonych na wywołanie szerokiego i maksymalnie zastraszonego rozgłosu w opinii publicznej²⁹.

²⁴ Terrorisme, Radicalisme, Extremisme, Violence Internationale - instytucja utworzona przez Radę Europejską mająca zadania w zakresie wymiany informacji o zagrożeniach terrorystycznych, ich analizy i wypracowania form przeciwdziałania. W jej skład wchodzi ministerstwo spraw wewnętrznych i ministerstwo sprawiedliwości państw członków UE.

²⁵ Układ z Schengen. Współpraca policji i organów wymiaru sprawiedliwości po Maastricht, red. J. Beczała, Łódź 1998, s. 37.

²⁶ Z. Kuźniar, A. Fronczyk, *Terroryzm jako zagrożenie dla bezpieczeństwa współczesnego świata. Wybrane aspekty*, „Zeszyty Naukowe WSOWL” 2012, nr 4 (144), s. 31-32.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ S. Wojciechowski, *Terroryzm*, op. cit., s. 60.

²⁹ T. Hanausek, *W sprawie pojęcia współczesnego terroryzmu*, „Problemy Kryminologii” 1980, nr 143, s. 44; autor zastrzegł, iż określenie to zostało sformułowane na podstawie analizy zamachów w latach 80. XX w. na kontynencie europejskim i przewidywał, że może ono nie uwzględnić tych cech zamachów, które zdarzyły się w przyszłości.

Według tego określenia adresatem działań terrorystycznych są także osoby fizyczne („poszczególne osoby”), a celem działania sprawców jest zmuszenie do określonego zachowania. Zatem autor nie akcentuje politycznego celu działania sprawców. Tym samym celem takim może być również inny niż polityczny cel, np. zastraszenie członków zbiorowości w celu doprowadzenia do tzw. efektu ochronnego, czyli zapewnienia bezpieczeństwa członkom zorganizowanej grupy przestępczej w wyniku wzbudzenia obaw przed współpracą z policją. Takie działanie niewątpliwie należy do kategorii działań terrorystycznych, będących jednak tzw. terrorem kryminalnym, a nie terroryzmem.

I tutaj również uwidacznia się istotny problem związany z definiowaniem terroryzmu. Terror polityczny nie jest określeniem, które jest stosowane w zakresie analizy terroryzmu. Określenie „terror” czy „terror polityczny” to sformułowania dotyczące działań stosowanych „przez silniejszych wobec słabszych”, np. władzy politycznej w stosunku do obywateli. Natomiast termin terroryzm to określenie stosowane do działań „słabszych wobec silniejszych”. Najczęściej jednostek lub grup mniejszościowych wobec władzy politycznej³⁰.

Zasadnicze znaczenie dla sposobu pojmowania terroryzmu w Unii Europejskiej ma Decyzja ramowa Rady UE w sprawie zwalczania terroryzmu z 2002 r.³¹ Definicja ta wskazuje rodzaje czynów, które mogą mieć charakter terrorystyczny. Czyny te wyczerpują znamiona przestępstw naruszających cięło określone w decyzji ramowej dobra prawne. Należy do nich atak na życie osoby, porwanie lub wzięcie zakładnika, produkcja, posiadanie, nabywanie, transport użycie broni, materiałów rozszczepialnych, materiałów wybuchowych, broni chemicznej, broni biologicznej oraz prowadzenie badań nad nimi. Czyny te mają charakter terrorystyczny, jeżeli ich popełnienie może wyrządzić państwu lub organizacji międzynarodowej szkodę oraz ma na celu poważne zastraszenie społeczeństwa oraz bezprawne zmuszenie rzędu lub organizacji międzynarodowej do podjęcia lub zaniechania podjęcia jakiegokolwiek działania, jak również poważne destabilizowanie lub zniszczenie podstawowych, politycznych, konstytucyjnych ekonomicznych lub społecznych struktur państwa lub organizacji międzynarodowej.

Paradoksalnie wiele definicji wiadczy o trudnościach z jednoznacznym określeniem, czym jest terroryzm. Niewątpliwie terroryzm wymyka się próbom definiowania mimo bardzo nojnej, politycznej war-

³⁰ I. Resztak, *Zjawisko*., *op. cit.*, s. 149.

³¹ Decyzja ramowa Rady 2002/475/WSiSW z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie zwalczania terroryzmu (Dz.Urz. UE L 164 z 22.06.2002, s. 3).

stwy tego zjawiska³². Warto w związku z tym przywołać słowa Waltera Laqueura, który stwierdził, iż „terroryzm jest jak pornografia. Nikt nie jest w stanie podać jej definicji, ale każdy, gdy ją zobaczy, wie, że właśnie nie tak wygląda”³³.

Jednocześnie można wskazać te elementy definicji terroryzmu, które występują w większości z nich. Znajduje to potwierdzenie w interesującej analizie, której w odniesieniu do treści formułowanych definicji terroryzmu przeprowadzili Alex P. Schmid oraz Albert J. Jongman³⁴. Elementem występującym w tych definicjach najczęściej jest przemoc (83,5%), dokonanie przez sprawców do realizacji celów politycznych (65%) oraz wywołanie strachu (51%). Z wyrażeniem mniejszą niż sto procent definicje te zawierały określenia, według których działania sprawców były skierowane przeciwko masowym ofiarom (21%), oraz wskazania, że ofiarami są osoby cywilne (17,5%). Podobne wnioski formułuje Ariel Merari, wskazując, że cechami charakterystycznymi dostrzeganymi w większości definicji terroryzmu jest działanie z użyciem przemocy, polityczne cele sprawców i działanie z intencją wywołania strachu znacznych części społeczeństwa³⁵.

Mожna, rzecz jasna, podnosić argument, że tego rodzaju zestawienie oparte na statystycznym badaniu treści jest jedynie ilustracją problemu, a nie jego naukową analizą. Niemniej jednak ukazuje dominującą tendencję, która z jednej strony redukuje opis zjawiska do jego podstawowych elementów, z drugiej natomiast wskazuje na dwuetapową realizację zamiaru sprawcy. Pierwszym etapem jest popełnienie przestępstwa skutkującego wywołaniem strachu, drugim osiągnięcie celu politycznego. Ten ostatni jest celem głównym działań terrorystycznych.

Terroryzm jako zjawisko, które ma ścisły związek z przestępstwami może być przedmiotem analiz kryminologicznych. Szczególnie interesująca perspektywa rysuje się na gruncie kryminologii krytycznej (radikalnej), która przestępstwa sytuuje w perspektywie konfliktu społecznego. Konfliktem między tymi, którzy władzę mają, a tymi, którzy jej nie posiadają i którzy mają ograniczone możliwości, albo nawet są pozbawieni możliwości, realizacji swoich aspiracji w społeczeństwie. Jednak oprócz perspektywy kryminologicznej terroryzm może być przedmiotem analizy prawnej. Dotyczy to przede wszystkim czynów

³² D. Pipes, T. Blumenfeld, *Terrorism Defined*, „The Washington Times” 24.10.2014.

³³ D.J. Brown, R. Merrill, *The Politics and Imagery of Terrorism*, Seattle 1995, s. 179.

³⁴ A.P. Schmid, A.J. Jongman, *Political Terrorism, A New Guide to Actors, Authors, Concepts, Data Bases, Theories & Literature*, New Brunswick (NJ) 2008, s. 5-6.

³⁵ A. Merari [w:] G. Chaliand, A. Blin, *A History of Terrorism...*, op. cit., s. 23.

o charakterze terrorystycznym jako elementów tworzących obraz omawianego zjawiska.

W odniesieniu do przestępstw o charakterze terrorystycznym podnosi się, że sprawcy działają w kierunku realizacji dwóch rodzajów celów, celu strategicznego oraz celu lub celów instrumentalnych. Cel strategiczny utożsamiany jest z wywołaniem stanu powszechnego zagrożenia³⁶. Zagrożenie to może być rzeczywiste, gdy sprawca zagra o konkretnym osobom i wówczas skutkiem tego stanu będzie i tak wywołany przestępstwem. I tak jest reakcją emocjonalną na rzeczywiste zagrożenie ze strony sprawcy przestępstwa. Dotyczy przy tym wywołania szkód mających fizyczny korelat, zatem będących skutkiem użycia przemocy lub groby jej użycia³⁷. Może ono wywoływać także strach, gdy zagrożenie bezpieczeństwa członków zbiorowości nie będzie realne, a jedynie mające postać wyobrażenia, i może takie zagrożenie wystąpić³⁸. W przypadku zamachów terrorystycznych sprawcy dążą do wywołania obu tych skutków, przy czym charakterystyczne jest to, że członkowie konkretnej zbiorowości mają znaczne trudności z oceną, czy zagrożenie jest rzeczywiste czy jedynie wyobrażone. Na tym m.in. polega taktyka działań terrorystycznych.

Sprawcy z reguły mają ograniczone możliwości dokonania zamachu na szkodliwej liczby ofiar, natomiast wywołują wrzenie, które może to nastąpić w każdej chwili, w każdym miejscu. Dodatkowo sprzyja powstaniu takiego wrzenia to, że często ofiary są przypadkowe. Wskazany skutek jest często wynikiem tego, że ofiary przypadkowe z reguły nie są chronione, tym samym łatwiej w stosunku do nich przeprowadzi zamach. To z kolei prowadzi do wniosku, i każdy może być ofiarą takiego zamachu, a więc z perspektywy potencjalnych ofiar istnieje rzeczywiste zagrożenie wiktyfikacji, choć faktycznie prawdopodobieństwo stania się ofiarą jest minimalne³⁹. Okoliczności te powodują, że trudno wskazać granic między lękiem a strachem w przypadku działań o charakterze terrorystycznym. Dodać należy, iż zdecydowanie częściej skutkiem zamachu jest wywołanie strachu przed działaniami terrorystycznymi.

³⁶ R. Zgorzały, *Przestępstwo o charakterze terrorystycznym w polskim prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 7-8, s. 66.

³⁷ J. Garofalo, *The Fear of Crime. Causes and Consequences*, „Journal of Criminal Law and Criminology” 1982, Vol. 72, Iss. 2, s. 840.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Według badania przeprowadzonego przez Kantar Public w kwietniu 2017 r. zamachów terrorystycznych boi się 38% i jest to kategoria przyczyniająca do najczęściej wskazywana przez respondentów, zob. J. Cieła, *Suma polskich strachów*, „Polityka” 25.04.2017.

stwów, do czego wydatnie przyczyniają się media, nagłaniają przypadki dokonanych lub usiłowanych zamachów terrorystycznych. Niezależnie natomiast od tego, czy sprawca wywołuje czy strach, to cel zostaje osiągnięty.

Zatem wywołanie strachu lub lęku wśród potencjalnych ofiar zamachów stanowi cel działania sprawców. Uzyskuje się to przez popełnienie przestępstwa z użyciem przemocy lub groźby jej użycia, które może wywołać strach konkretnych osób związany z naruszeniem dóbr istotnych dla jednostki. W ten sposób zostaje osiągnięty cel instrumentalny. Wydaje się jednak, że ujęcie takie nie oddaje istoty przestępstwa o charakterze terrorystycznym, gdy celem działania sprawcy nie jest tylko stworzenie stanu zagrożenia, lecz także doprowadzenie do określonego zachowania organów władzy publicznej, jako odpowiedzi na popełnione przestępstwo o charakterze terrorystycznym. W związku z tym zasadne będzie wyróżnienie oprócz wyżej wskazanych celów również celu głównego, jakim jest doprowadzenie do decyzji o charakterze politycznym bądź decyzji konsekwencji przestępstwa o charakterze terrorystycznym. Dzięki temu możliwe jest odróżnienie przestępstw związanych z terroryzmem jako zjawiskiem o podłożu politycznym od przestępstw mających związek z terrorem kryminalnym. W przypadku tych ostatnich cele, do których zmierzają sprawcy, nie mają podłoża politycznego. Znajduje to również wyraz w postaci odróżnienia aktu terroru od aktu terrorystycznego. Według Krzysztofa Indeckiego akt terroru to sposób działania z wykorzystaniem przemocy skutkujący stanem przerażenia lub ekstremalną obawą⁴⁰. Według innego ujęcia akt terroru to „każde zachowanie, które zmusza jednostkę do określonego zachowania się, zaniechania czy znoszenia, ale bez zamiaru wywołania [...] zastraszenia określonych populacji lub grupy społecznej itp.”⁴¹ Akt terroru jest zatem popełniony w celu uzyskania wpływu na zachowanie konkretnej osoby lub osób w odniesieniu do ich zachowania niezwiązanego z decyzjami o charakterze politycznym.

Niewątpliwie aktem terroru będzie przestępstwo uprowadzenia osoby popełnione w celu zmuszenia do wpłacenia okupu czy przestępstwo z użyciem przemocy w celu zmuszenia do zapłaty okupu (art. 252 k.k.⁴²) lub wymuszenia zaprzestania prowadzenia działalności gospodarczej (art. 282 k.k.). Będą nimi również inne przestępstwa z użyciem przemocy popełnione w celu zastraszenia konkretnych osób lub zmuszenia

⁴⁰ K. Indeki, *Prawo karne wobec terroryzmu i aktu terrorystycznego*, Łódź 1998, s. 17.

⁴¹ R. Zgorzały, *Przestępstwo o charakterze terrorystycznym*, op. cit., s. 71.

⁴² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks Karny (Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 ze zm.).

ich do określonego zachowania niestypizowane w postaci odrębnych rodzajów przestępstw.

Inaczej definiuje się akt terrorystyczny. Aktem takim jest zachowanie jednostki lub grupy jednostek, mające postać przemocy lub groby jej użycia podjęte w celu zastraszenia innych podmiotów⁴³. Hanausek wskazywał, że akt terrorystyczny charakteryzuje się następującymi cechami:

- traktowaniem przestępstw jako technicznych środków, dzięki którym sprawcy realizują szerzej zakreślone cele;
- wieloprotowym działaniem sprawcy;
- teatralnością działania sprawcy;
- motywacją sprawcy związaną z bardziej lub mniej określonymi ideami lub ideologią⁴⁴.

Można zauważyć, że oba określenia dotyczą cił ze sobą powiązanych zjawisk. Jak wcześniej wskazano, terror jest metodą sprawowania władzy. Natomiast terroryzm to odpowiedź na terror polegająca na sprzeciwie wobec tego rodzaju metod sprawowania władzy. To sposób reakcji tych, którzy nie mają innego wpływu na zmianę tego rodzaju postępowania władzy, tym samym zmianę swojej sytuacji.

Różniczenie między aktem o charakterze terrorystycznym a pozostałymi przestępstwami wymaga odwołania się do kilku kryteriów analizy. Wśród nich należy wskazać przedmiot zamachu, którym jest bezpieczeństwo (w różnych jego odmianach), życie i zdrowie oraz wolność osób oraz mienie. Dodatkowo czyn godzący w te dobra powinien być objęty sankcją prawa karnego. Kryminalizacja czynu, który popełnia sprawca zamachu, stanowi kolejny warunek uznania czynu jako aktu terrorystycznego. Istotnym kryterium jest również cel działania sprawcy, którym jest uzyskanie wpływu na zachowanie władzy politycznej. Jednak tak pojmowany cel nie wyczerpuje całego zakresu omawianego pojęcia. Akty terrorystyczne mogą być również popełnione w celu nagłośnienia określonych idei lub ukazania istnienia określonych organi-

⁴³ J. Mallin, *Terrorism as a Military Weapon*, [w:] *International Terrorism in the Contemporary World*, eds M.H. Livingston, L.B. Kress, M.G. Wanek, Westport (CT) - London 1978, s. 394.

⁴⁴ T. Hanausek, *W sprawie pojęcia..., op. cit.*, s. 38-39; autor był jednym z pierwszych przedstawicieli nauk penalnych w Polsce, który poddał analizie zagadnienia związane z przestępstwami o charakterze terrorystycznym. Mimo odmiennych warunków społecznych i prawnych, w których analiza była prowadzona, należy podkreślić, że wiele uwag dotyczących cech charakterystycznych terroryzmu jest aktualnych obecnie i można je odnieść także do regulacji dotyczących przestępstw o charakterze terrorystycznym.

zacji. Może nim być odwet za określone działania władzy lub dążenie do osłabienia autorytetu władzy. Tak pojmowane cele sprawców najczęściej współwystępują w przypadku konkretnych działań terrorystycznych. Zamachy są z reguły polimotywacyjne, jednak wspólnych cech tak rozumianych celów jest mniejszy lub większy związek z polityką pojmowaną jako działanie zmierzające do uzyskania lub utrzymania władzy politycznej.

Kolejnym cechem aktów terrorystycznych jest metoda działania. Jest nią stosowanie przemocy ukierunkowanej na wywołanie strachu lub wzburzenia wśród znacznej liczby ludności w celu uzyskania wpływu na decyzje kształtujące sytuację w pożądanym przez sprawców kierunku. Metody działania sprawców odwołują się do emocji, ponieważ one w głównej mierze sprzyjają wytwarzaniu strachu, a wzburzenie związane z nim sprzyja podejmowaniu decyzji pochopnych, nieuwzględniających wszystkich konsekwencji ich podjęcia⁴⁵.

Istotnym kryterium uznania danego czynu za akt terrorystyczny jest motywacja sprawców. Najczęściej sprawcy motywowani są określonymi ideologiami, przy czym najczęściej ich poglądy opierają się na wybranych, często niespójnych, poglądach wywodzących się z ideologii lub idei. Są one dostosowywane do aktualnych celów i przede wszystkim służą związaniu spójności grupy i nadaniu działaniom jej członków walorów misyjności, wrażeń walki o jakąś sprawę. Dodać należy, iż motywacja sprawców opiera się może zarówno na ideologiach skrajnie lewicowych, jak i skrajnie prawicowych, może się też odwoływać do poglądów anarchistycznych. Ponadto może na wskazać, iż sprawcy tworzą lub korzystają z poglądów, które są zamiastem idei lub ideologii.

Nawiązując do sposobów definiowania terroryzmu, które ukazują swoistą wielowartość tych definicji, uzasadnione jest odwołanie do kryteriów, które pozwalają skonstruować definicje czynów o charakterze terrorystycznym. Definicja taka ma znaczenie, gdy pozwala określić znamiona przestępstw terrorystycznych albo stanowi może kryterium ułatwiające określenie znamion tego rodzaju czynów. Warto w związku z tym wskazać, że aktualnie występują dwa sposoby kryminalizacji czynów o charakterze terrorystycznym. Pierwszy z nich polega na

⁴⁵ Przykładem takiej sytuacji może być zamach w Madrycie dokonany w 2005 r., w wyniku którego rządził hiszpański w obliczu nadchodzących wyborów parlamentarnych podjął decyzję o wycofaniu wojska z Iraku, poprzedzoną wcześniej skierowaniem podejrzeń co do sprawstwa zamachów na separatystów baskijskich działających w ramach ETA. Decyzja ta najprawdopodobniej spowodowała przegrany koalicji rządzącej w tych wyborach.

wprowadzeniu do ustawy karnej opisów czynów zabronionych, które *sui generis* mają charakter terrorystyczny. Drugi jest związany ze wskazaniem szczególnych cech czynu, których stwierdzenie w przypadku popełnienia konkretnego przestępstwa powoduje, że uzyskuje ono charakter terrorystyczny. Każda z tych metod regulacji może wystąpić samodzielnie, jednak w praktyce najczęściej występują one jednocześnie. W tym ostatnim przypadku w przepisach karnych występują przestępstwa, które w zespole znamion mają znamię „terrorystyczny”. Oprócz tego pewna grupa czynów, z reguły określona przez wskazanie przedmiotu zamachu, może uzyskiwać charakter terrorystyczny, gdy czyn sprawcy spełni określone w ustawie warunki. Zastosowanie przez ustawodawcę rozważania polegającego na zdefiniowaniu czynu o charakterze terrorystycznym jako szczególnego rodzaju przestępstwa, które oprócz znamion wskazanych w „formie podstawowej” ma znamiona dotyczące przede wszystkim szczególnego celu działania sprawcy. Dzięki temu możliwie jest dostosowanie formy reakcji karnej do specyfiki czynu.

Takie rozważanie zostało przyjęte również w Polsce. Zgodnie z nim przestępstwo ma charakter terrorystyczny jedynie w tych przypadkach, gdy zostaną spełnione przesłanki wskazane w art. 115 § 20 k.k. Przepis ten formułuje przesłankę formalną oraz przesłankę merytoryczną. Zgodnie z przesłanką formalną jedynie przestępstwa, w odniesieniu do których górna granica zagrożenia wynosi co najmniej 5 lat pozbawienia wolności. Przesłanka merytoryczna odnosi się do celu działania sprawcy, którym jest:

- poważne zagrożenie wielu osób;
- zmuszenie organu władzy publicznej Rzeczypospolitej Polskiej lub innego państwa albo organu organizacji międzynarodowej do podjęcia lub zaniechania określonych czynności;
- wywołanie poważnych zakłóceń w ustroju lub gospodarce Rzeczypospolitej Polskiej, innego państwa lub organizacji międzynarodowej.

Jako czyn o charakterze terrorystycznym traktowana jest także groźba popełnienia czynu spełniającego wyżej wskazane przesłanki.

Zastosowanie takiej konstrukcji sprawia, że wszystkie zbrodnie oraz tzw. rednecki i ciemki wystąpienia mogą mieć charakter terrorystyczny po stwierdzeniu, że cel działania sprawcy obejmuje spowodowanie skutków wskazanych w art. 115 § 20 k.k.

Powstaje w związku z tym pytanie, czy cele, o których mowa w wymienionym przepisie, powinny być uwzględniane przez sprawcę i czy te przestępstwa o charakterze terrorystycznym wystąpią także w te-

dy, gdy tylko jeden bądź dwa cele będą przez sprawcę realizowane. Inaczej rzecz ujmując, dotyczy to zagadnienia, czy do przyjęcia przestępstwa o charakterze terrorystycznym konieczne jest dążenie do realizacji wszystkich wymienionych w powołanym przepisie celów.

Alternatywne ujęcie celów sprawia, że w znaczący sposób rozszerza się zakres analizowanego przepisu. Jeżeli natomiast przyjmiemy, aby przestępstwo miało charakter terrorystyczny, należy wykazać, że sprawca dążył do realizacji wszystkich wymienionych w art. 115 § 20 k.k. celów, wówczas wydatnie ograniczy się zakres przestępstw terrorystycznych. Odpowiedź na tak postawione pytanie powinna uwzględnić to, że dążenie do zastraszenia wielu osób nie jest cechą wyłącznie przestępstwa o charakterze terrorystycznym, gdy znajduje ono swój wyraz także w przypadku terroru kryminalnego. Podobnie w przypadku działania w celu wywołania poważnych zakłóceń w ustroju lub gospodarce państwa. Działanie w celu wywołania takiego skutku może wystąpić w przypadku przestępstw przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej np. w przypadku przestępstwa z art. 132 § 2 k.k., czyli udzielania informacji obcemu wywiadowi. To samo dotyczy zmuszenia organu władzy publicznej Rzeczypospolitej Polskiej lub innego państwa albo organu organizacji międzynarodowej do podjęcia lub zaniechania określonych czynności. Zmuszenie takie może mieć miejsce w innym celu niż terrorystyczny, np. w celu wydania określonego dokumentu albo podjęcia decyzji w zakresie odstąpienia od realizacji określonej inwestycji szkodzącej środowisku. Nie ma w tym przypadku tego, co jest cechą wyróżniającą terroryzm, czyli wpływanie na procesy polityczne. W tym przypadku z reguły chodzi o zastraszenie innych przestępców.

Niewątpliwie interpretacja treści art. 115 § 20 k.k. traktująca przesłanki z tego przepisu jako ujęte alternatywnie nie znajduje oparcia w treści decyzji ramowej z 13 czerwca 2012 r. Norma odnosząca się do zakresu definicji przestępstwa o charakterze terrorystycznym wyraźnie wskazuje, że jako przestępstwa tego rodzaju powinny być traktowane czyny, które jednocześnie nie spełniają przesłanki celu działania sprawcy, atakowanego dobra prawnego oraz realizowanego skutku. Również względnie kryminalnopolityczne uzasadniają tego rodzaju interpretację. Szczególne rodzaje zaostreżenia odpowiedzialności powinny dotyczyć przestępstw terrorystycznych, czyli takich, które tworzą zjawisko terroryzmu jako sposób wpływania na funkcjonowanie władzy politycznej. Przyjęcie innego sposobu interpretacji sprawia, że przestępstwa, które mogą mieć charakter terroru kryminalnego, także obejmą szczególnym zakresemścigania.

Terroryzm to zjawisko o bardzo długiej historii, co sprawia, że jego fenomenologiczny opis ulegał istotnym zmianom, które w znacznej mierze wynikały z przekształceń zachodzących w społeczeństwie, o podłożu zarówno politycznym, jak i ekonomicznym. Zmieniały się także metody działań terrorystycznych oraz sposoby wpływania na społeczeństwa w celu realizacji założeń sprawców. Istota zjawiska pozostała jednak niezmienną od tysięcy lat. Próby definiowania terroryzmu oraz przestępstw terrorystycznych pozwalają wskazać kierunek tych zmian. Wyraźnie zaznacza się tendencja do uwzględniania w nich działania z użyciem przemocy, politycznych celów sprawców oraz intencji wywołania strachu u znacznej części społeczeństwa. Tego rodzaju konkretyzacja powoduje, że łatwiejsze staje się określenie znamion przestępstw o charakterze terrorystycznym, co sprzyja realizacji zasady trafnej reakcji karnej w stosunku do sprawców tych przestępstw.

Joanna Dzierżanowska

Standardy zapewnienia jakości opinii biegłych w procesie karnym

Zapewnienie jak najwyższej jakości dostarczanych do postępowania karnego ekspertyz kryminalistycznych, ujednolicenie procedur badawczych oraz akredytacja laboratoriów wykonujących ekspertyzy, to sprawy zyskujące w Polsce na znaczeniu. Słusznie podkreśla się, że współczesny proces sądowy opiera się głównie na opiniach biegłych, a coraz bardziej istotną staje się kwestia nie tylko jakości pracy organów procesowych, ale i jakości świadczonych przez ekspertów usług¹. Kodeks postępowania karnego nakłada na organy procesowe obowiązek powołania biegłych w każdej kwestii, która wymaga posiadania wiadomości specjalnych, a dostarczone przez nich rodki dowodowe powinny cechować się wiarygodnością, zagwarantowaniem jakości biegłym posiadającym najwyższe kwalifikacje, sumiennym oraz niezainteresowanym wynikiem postępowania, w ramach którego zostali powołani do przeprowadzenia ekspertyzy i wydania opinii².

Wykorzystanie w procesie karnym wiedzy z różnych dyscyplin naukowych wymaga od biegłych posiadania najwyższych kwalifikacji i ich ciągłego doskonalenia. Wydanie opinii w większości przypadków uzależnione jest od przeprowadzenia właściwych badań, w których ekspert musi mieć opanowane odpowiednie metody badawcze i dysponować infrastrukturą badawczą (odpowiednie zaplecze laboratoryjne ze spe-

¹ J. Wójcikiewicz, *Temida nad mikroskopem. Judykatura wobec dowodu naukowego 1993-2008*, Toruń 2009, s. 17; M. Skorecki, *Proces harmonizacji standardów opiniowania biegłych sądowych w Polsce i Unii Europejskiej*, „Przegląd Policyjny” 2008, nr 3(91), s. 228.

² Z. Kegel, *Ekspertyza ze stanowiska procedury i kryminalistyki*, Wrocław 1976, s. 101.

cyalistyczn aparatur , dost p do wla ciwych baz danych, oprogramowanie komputerowe, materiały pomocnicze itp.)³. Słusznie wskazuje się , e dla podniesienia poziomu dostarczanych przez biegłych opinii ważne s : akredytacja laboratoriów, certyfikacja biegłych, standaryzacja, programy zapewnienia jakości, testy *proficiency*, zewnętrzne audyty⁴. Wskazane zagadnienia stanowi istotną część procesu podnoszenia poziomu oraz wiarygodności wydawanych przez biegłych opinii.

Zapewnienie wysokiej jakości sporządzanych opinii jest związane z problemem tzw. dyktatu biegłego. Biegły dzięki posiadanej wiedzy specjalistycznej zyskuje przewagę nad organem procesowym, który nie może w pełni rzetelnie dokonać oceny przygotowanej przez niego opinii⁵. Wskazuje się na dwie propozycje rozwiązania zaistniałego problemu, albo s d z a b d z i e znał się choćby cz ciowo na rozpatrywanym zagadnieniu, albo porzucenie na ocenę opinii pod względem jej jasności, bezsprzeczności i spójności. Jednak oba wskazane rozwiązania nie są bez wad: pierwsze wprowadza zbyt płynną granicę między niewiedzą s d z i e g o w danej dyscyplinie a jego wiedzą ogólną , drugie rozwiązanie pozostawia nierzetelnym biegłym pole do nadużyć⁶. Trzecie rozwiązanie problemu tzw. dyktatu biegłego to zastosowanie międzynarodowych standardów dla poszczególnych metod badawczych oraz osoby biegłego i posiadanych kwalifikacji, które pozwalają s d z i e mu na kontrolę przestrzegania znormalizowanych procedur badawczych, bez potrzeby posiadania wiedzy specjalistycznej oraz możliwości sprawdzenia, czy biegły, przygotowując opinię , przestrzegał wymogów jakościowych⁷.

Problematyka standardów jakości pracy biegłego i akredytacji jednostek wykonujących ekspertyzy s d o w e jest w Polsce tematem relatyw-

³ M. Pukała, E. Marciniak, *Pojęcie jakości we współczesnej technice kryminalistycznej*, „Problemy Kryminalistyki” 2008, nr 260, s. 47.

⁴ J. Wójcikiewicz, *Temida nad mikroskopem...*, op. cit., s. 263.

⁵ J. Konieczny, J. Widacki, *Wprowadzenie do problematyki identyfikacji kryminalistycznej. Jakość i harmonizacja ekspertyzy*, [w:] *Kryminalistyka*, red. J. Widacki, Warszawa 2016, s. 231-236.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Raport amerykańskiej Narodowej Akademii Nauk (National Academy of Science - NAS) z 2009 r. podkreśla, że akredytacja laboratoriów i certyfikacja pracujących tam ekspertów powinny być obowiązkowe. Ważne jest również konsekwentne stosowanie we wszystkich laboratoriach najlepszych standardów pracy, co łącznie z obowiązkami akredytacji i certyfikacji zapewni najwyższe efektywność pracy w tych jednostkach; zob. D. Dziechciaruk, *Uwagi na temat raportu NAS „Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward”*, „Problemy Kryminalistyki” 2010, nr 270, s. 67.

nie nowym⁸. W Europie pod koniec lat 70. XX w. rozpoczęła się rewolucja jakościowa, rosła liczba towarów i usług dawała nabywcom coraz większe możliwości wyboru, wzrastała konkurencja, a jedną z istotnych cech produktu nie była już tylko jego cena, ale i jego jakość, czas dostawy czy odpowiedni serwis⁹. System zapewniania jakości badała jako pierwszy wprowadził przemysł farmaceutyczny. W latach 80. wprowadzono zestaw zaleceń tworzący pierwszy program standaryzujący, Dobra Praktyka Laboratoryjna (Good Laboratory Practice - GLP), który dotyczył przygotowania i utrzymania systemu zapewnienia jakości w laboratorium¹⁰. Międzynarodowe standardy systemu jakości tworzyły takie organizacje jak: International Organization for Standardization (ISO), Comité Européen de Normalisation (CEN) i American Society for Testing and Materials (ASTM). W 1987 r. zostały opublikowane normy serii ISO 9000, na początku stosowane w przemyśle, a następnie zaczęto wprowadzać specjalistyczne normy dla poszczególnych dyscyplin naukowych, w tym również dla laboratoriów kryminalistycznych. Standardem odnoszącym się do laboratoriów była norma EN 45001:1989, którą w 1999 r. zastąpiła norma EN ISO/IEC 17025:1999 *Ogólne wymagania dotyczące kompetencji laboratoriów badawczych i wzorcowych*, która w Polsce obowiązuje od 2001 r.¹¹

Kodeks postępowania karnego nie zawiera normy, która zobowiązywałaby organy procesowe przy dopuszczaniu dowodu z opinii biegłego do kierowania się odpowiednimi standardami jakości, posiadania przez eksperta certyfikatu czy akredytacji laboratorium, w którym zatrudniony jest biegły. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 2005 r. w sprawie biegłych sądowych¹² również nie stawia takich wymagań. Nie ulega wątpliwości, że kwalifikacje biegłego są tym istotniejsze, im bardziej specjalistyczna i skomplikowana jest ekspertyza, a w szczególności zastosowana metodologia badań, analiza wyników i wyciągnięcie na tej podstawie wniosku¹³. Stąd też ważne jest, aby organ procesowy miał potwierdzenie wysokich kwalifikacji biegłego czy instytucji naukowej lub specjalistycznej na podstawie przejrzystych procedur certyfikacyjnych, akredytacyjnych i atestacyjnych.

⁸ Zob. M. Skorecki, *Proces harmonizacji standardów*, op. cit., s. 229.

⁹ J. Hebenstreit, *Zapewnienie jakości w laboratoriach sądowych*, [w:] *Ekspertyza sądowa. Zagadnienia wybrane*, red. J. Wójcikiewicz, Warszawa 2007, s. 605.

¹⁰ M. Skorecki, *Proces harmonizacji standardów*, op. cit., s. 229.

¹¹ J. Hebenstreit, *Zapewnienie jakości*, op. cit., s. 606.

¹² Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 stycznia 2005 r. w sprawie biegłych sądowych (Dz.U. z 2005 r. Nr 15, poz. 133), dalej jako rozporządzenie.

¹³ J. Konieczny, J. Widacki, *Wprowadzenie do problematyki*, op. cit., s. 234.

Sprawdzanie kompetencji biegłych sądowych wykonywane jest zgodnie z uregulowaniami zawartymi we wspomnianym rozporządzeniu, natomiast w przypadku powołania biegłego *ad hoc* weryfikacja kompetencji przeprowadzana jest również przez organ procesowy w ramach toczącego się postępowania. Rozporządzenie określa wprowadzenie formalne przesłanki wpisu na list biegłych sądowych, ale nie wprowadza sprawnych narzędzi do merytorycznej oceny kompetencji osób zgłaszających się do wykonywania tej funkcji. Nie zawsze zatem wpisanie na list biegłych sądowych będzie gwarantowało, że biegły wyda opinię zgodnie z najwyższymi standardami nauki¹⁴.

Wymogi stawiane w kandydatom na biegłych w § 12 rozporządzenia obejmują: korzystanie z pełni praw cywilnych i obywatelskich, ukończenie 25 roku życia, posiadanie teoretycznych i praktycznych wiadomości specjalnych w danej gałęzi nauki, techniki, sztuki, rzemiosła, a także innej umiejętności dla której biegły ma być ustanowiony, dawanie rękopisów naleytego wykonywania obowiązków biegłego oraz zgodna na ustanowienie biegłym. Posiadanie wiadomości specjalnych powinno być wykazane dokumentami lub innymi dowodami, a ocena, czy posiadanie wiadomości specjalnych zostało należyście wykazane należy do prezesa (§ 12 ust. 2). Prezes sądu okręgowego, ustanawiając biegłych sądowych, pozbawiony jest skutecznego mechanizmu weryfikacji ich kompetencji, zapewniającego wysoki jakością sporządzanych opinii. Przepisy nie precyzują chociażby kwestii wykształcenia, jakie w danej dziedzinie powinien posiadać kandydat na biegłego, związku wykształcenia ze specjalnością, w jakiej biegły ma opiniować, do wyłączenia zawodowego czy udziału w szkoleniach o określonej tematyce. Stąd też prezes sądu okręgowego, nie dysponując narzędziami, dzięki którym mógłby należyście zweryfikować fachowość i poziom wiedzy przyszłych biegłych, a przy tym nie posiadając wiadomości specjalnych w danej dziedzinie, nie będzie potrafił ocenić, czy kandydat posiada należyte przygotowanie do bycia biegłym¹⁵. Stan ten wydaje się potwierdzać wyniki badań prowadzonych przez Helsińską Fundację Praw Człowieka, według których w latach 2008-2012 prezesi 45 sądów okręgowych na 5596 złożonych wniosków o wpis na list

¹⁴ S. Walto, *Opinie biegłych - na ostrym zakręcie w polskim procesie karnym*, [w:] *Bezpieczeństwo - policja - kryminalistyka. W poszukiwaniu wiedzy przydatnej w praktyce*, red. J. Czapska, A. Okrasa, Kraków 2015, s. 33.

¹⁵ P. Ostaszewski *et al.*, *Biegły w postępowaniu sądowym. Kompleksowy obraz systemu w świetle badań ankietowych, statystycznych i ekonomicznych*, Warszawa 2016, s. 16-17.

biegłych s dowych jedynie w 339 przypadkach wydali negatywne decyzje¹⁶.

Wymagania konieczne do stwierdzenia, czy dany podmiot może wykonać określone badania, zawiera obowiązująca Decyzja ramowa Rady UE z dnia 30 listopada 2009 r. w sprawie akredytacji dostawców usług kryminalistycznych wykonujących czynności laboratoryjne¹⁷. Celem regulacji jest wprowadzenie wspólnych zasad akredytacji opartych na normie EN ISO/IEC 17025, co ma zapewnić wzajemne uznawanie wyników badań. Decyzja ramowa nakłada na państwa członkowskie UE obowiązek zapewnienia, że ich dostawcy usług kryminalistycznych, wykonujący czynności laboratoryjne z zakresu badań DNA i badań daktyloskopijnych, byli akredytowani przez krajową jednostkę akredytującą na zgodnie z normą EN ISO/IEC 17025¹⁸. W Polsce podmiotem dokonującym akredytacji jest Polskie Centrum Akredytacji¹⁹. Mimo wskazanego obowiązku Najwyższa Izba Kontroli odnotowała przypadki wydawania opinii w zakresie badań DNA przez podmioty, które nie były akredytowane w zakresie zgodnie z wskazanymi normami (na wybrane przez Najwyższą Izbę Kontroli 29 podmiotów wykonujących badania na zlecenie sądów, a osiem nie posiadało akredytacji)²⁰.

Słusznie podkreśla się, że absolutnym minimum jest uzyskanie akredytacji i certyfikatu Polskiego Centrum Akredytacji przez laboratorium, które będzie wykonywać ekspertyzy sądowe²¹. Akredytacja, czyli dokonanie atestacji stanowi wystawienie oświadczenia opartego na decyzji poprzedzonej przeglądem, że wykazano spełnienie wyspecyfikowanych wymagań, a laboratorium ubiegające się o akredytację posiada kompetencje do badań określonych w zakresie akredytacji²². Nie bez znaczenia

¹⁶ B. Grabowska *et al.*, *Biegli sądowi w Polsce*, Warszawa 2015, s. 17.

¹⁷ Decyzja ramowa Rady UE 2009/905/WSiSW z dnia 30 listopada 2009 r. w sprawie akredytacji dostawców usług kryminalistycznych wykonujących czynności laboratoryjne (Dz.Urz. UE L 322 z 9.12.2009, s. 14).

¹⁸ W zakresie badań DNA obowiązuje ona od 30 listopada 2013 r., a w zakresie badań daktyloskopijnych od 30 listopada 2015 r.

¹⁹ Polskie Centrum Akredytacji prowadzi działalność na podstawie ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (Dz.U. z 2016 r. poz. 542).

²⁰ *Funkcjonowanie biegłych w wymiarze sprawiedliwości. Informacja o wynikach kontroli*, Najwyższa Izba Kontroli, 21.07.2015, dostępne na: www.nik.gov.pl [stan na: 23.10.2017], s. 27.

²¹ J. Widacki, *Instytucja naukowa lub specjalistyczna w rozumieniu art. 193 § 2 k.p.k.*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 9, s. 49.

²² P. Girdwoy, *Opinia biegłego w sprawach karnych w europejskim systemie prawnym. Perspektywy harmonizacji*, Warszawa 2011, s. 107-108.

jest również fakt, że organy procesowe, wydając postanowienie o powołaniu biegłego, będą mogły przyjąć założenie, że powołana placówka, która wprowadziła system zapewnienia jakości i należy do grona laboratoriów akredytowanych, posiada odpowiednie kompetencje techniczne i wykona badania obiektywnie, rzetelnie oraz bezbłędnie²³.

Polskie Centrum Akredytacji udzieliło 16 maja 2005 r. akredytacji nr AB 596 na wszystkie zgłoszone metody badawcze dla Centralnego Laboratorium Kryminalistycznego Policji (CLKP). Certyfikat akredytacji (ważny do 15 maja 2021 r.) potwierdza, że laboratorium badawcze spełnia wymagania normy PN-EN ISO/IEC 17025:2005. Laboratorium Kryminalistyczne Komendy Stołecznej Policji oraz Instytut Ekspertyz S dowych im. prof. dra Jana Sehna w Krakowie również spełniają wymagania normy PN-EN ISO/IEC 17025:2005, potwierdzając wysoką jakość świadczonych usług oraz wysokie kompetencje personelu.

Na problemy związane z funkcjonowaniem biegłych s dowych zwrócił uwagę Rzecznik Praw Obywatelskich w pismach kierowanych do Ministra Sprawiedliwości, wskazując m.in., że

Do występujących mankamentów zaliczyć należy także brak należytego systemu kontroli nad spełnianiem przez kandydatów na biegłych odpowiednich standardów zapewniających wysoką jakość sporządzanych opinii²⁴.

Oraz

nieuregulowanie kwestii funkcjonowania biegłych s dowych ma szerokie i negatywne konsekwencje zarówno dla obywateli, którzy ponoszą szkody przez nierzetelne opinie biegłych, dla finansów publicznych (a w konsekwencji podatników) z powodu dużej liczby orzeczeń zasądzających odszkodowania oraz dla samych biegłych, dla których jasne i precyzyjne przepisy tak by byłyby ułatwieniem w wykonywaniu przez nich obowiązków²⁵.

Opublikowany w 2014 r. raport *Biegli s dowie w Polsce* także wskazywał na problem rzetelności procesu weryfikacji kompetencji kandydatów do tej funkcji, rekomendując zmiany systemu ustanawiania biegłych s dowych przez pozostawienie decyzji o wpisie na list prezesom s dów okręgowych, ale podejmowanej po konsultacji z podmiotami profesjonalnymi w danej dziedzinie, oraz jasne określenie zasad nadzoru prezesów s dów okręgowych w stosunku do biegłych, pozwalających

²³ Hebenstreit, *Zapewnienie jakości*, op. cit., s. 607.

²⁴ Pismo Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Sprawiedliwości z 5.06.2013 r. (RPO-617053-L/09/AJK).

²⁵ Pismo Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Sprawiedliwości z 26.01.2016 r. (VII.510.20.2015.AJK).

na kontrolowanie rzetelności wykonywania obowiązków i cechujących się nieposzlakowaną opinią²⁶. W opracowaniu przygotowanym przez Helską Fundację Praw Człowieka i skierowanym 29 sierpnia 2017 r. do prezydenta RP wskazano, że:

jednym z głównych ograniczeń postępowania sądowego jest brak ustawowej i spójnej regulacji funkcjonowania biegłych sądowych, która dotyczyłaby m.in. zasad nadzoru nad biegłymi, weryfikacji ich kompetencji, ale również gwarantowała odpowiedni poziom wynagrodzenia, przez co zachęcała najlepszych ekspertów do pracy dla wymiaru sprawiedliwości²⁷.

Najwyższa Izba Kontroli opublikowała 21 lipca 2015 r. informację o wynikach kontroli co do funkcjonowania biegłych w wymiarze sprawiedliwości²⁸, w której podkreślono, że:

aktualny model funkcjonowania biegłych nie gwarantuje powoływania w postępowaniach sądowych i przygotowawczych osób, które zapewniają wydawanie prawidłowych merytorycznie, rzetelnych i terminowych opinii. W szczególności nie zapewnia on odpowiedniego procesu weryfikacji kompetencji kandydatów na biegłych sądowych, jak również umożliwia powoływanie jako biegłych osób niedających należytego wykonywania czynności biegłego²⁹.

Do podobnych wniosków doszli również autorzy raportu zrealizowanego w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości³⁰, pisząc, że:

głównym problemem systemu biegłych sądowych wydaje się brak jednolitego mechanizmu znajdowania, kwalifikowania i powoływania biegłego, co powoduje, że obciążenie prac oraz przygotowanie merytoryczne poszczególnych specjalistów jest bardzo niejednolite³¹.

Należy wskazać, że problem weryfikacji kompetencji dotyczy również wykonawcy ekspertyzy pozasądowej. Zmiany wprowadzone do kodeksu postępowania karnego w 2015 r.³² umożliwiły stronom procesowym zlecanie wykonania tzw. opinii prywatnej na potrzeby toczącego się postępowania karnego. Do sporządzenia tego rodzaju opinii często

²⁶ B. Grabowska *et al.*, *Biegli sądowi...*, *op. cit.*, s. 16 i 43.

²⁷ B. Grabowska-Moroz, *Jakiej reformy wymiaru sprawiedliwości potrzebujemy? Materiał do dyskusji*, Helska Fundacja Praw Człowieka, opracowanie skierowane do Prezydenta RP, 29.08.2017 r., dostępna na: www.hfhr.pl [stan na: 23.10.2017].

²⁸ *Funkcjonowanie biegłych...*, *op. cit.*

²⁹ *Ibidem*, s. 10.

³⁰ P. Ostaszewski *et al.*, *Biegły w postępowaniu sądowym...*, *op. cit.*

³¹ *Ibidem*, s. 117.

³² 1 lipca 2015 r. weszła w życie nowelizacja kodeksu postępowania karnego (ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw [Dz.U. z 2013 r. poz. 1247 ze zm.]).

może zostać powołana osoba o niskim poziomie kwalifikacji i niewielkim doświadczeniu zawodowym³³. Strony procesowe nie będą w stanie poczynić skutecznych ustaleń, czy dana osoba posiada wiedzę w danej dziedzinie, odpowiednie do świadczenia albo czy dysponuje aparaturą i zapleczem naukowym koniecznym do wykonania zleconych badań. Istnieje obawa, że strony procesowe mogą stawiać zgodnie wydawanych opinii z własnymi oczekiwaniami ponad naukową rzetelność³⁴. Pamiata należy o wątpliwościach dotyczących bezstronności tak powołanych biegłych, opłacanych przez strony procesowe oraz jakości wykonanych przez nich ekspertyz. Nowelizacja kodeksu postępowania karnego spowodowała stan, w którym organ procesowy w każdej konkretnej sprawie będzie musiał ocenić kompetencje, jako wykonywanych czynności, zastosowanie metodologii oraz wiarygodność i bezstronność eksperta powołanego przez strony procesowe.

Wobec powyższego należy podkreślić, że obecnie w Polsce brakuje spójnego systemowego standardu weryfikowania kompetencji biegłych, zarówno indywidualnych, jak i instytucjonalnych. Jedynie w niektórych obszarach opiniowania w Polsce istnieją wypracowane regulacje, dotyczące uzyskiwania uprawnień do wydawania opinii. Własne procedury dotyczącej potwierdzania kompetencji swoich ekspertów wprowadziła Policja. Zarządzenie Komendanta Głównego Policji z dnia 17 stycznia 2014 r.³⁵ precyzuje sformalizowane kryteria, jakie należy spełnić, aby zostać biegłym w policyjnym laboratorium kryminalistycznym. Wymagania te obejmują np. posiadanie wiedzy w danej dziedzinie, ukończenie studiów drugiego stopnia, ukończenie kursu specjalistycznego dla kandydatów na biegłych, opracowanie wskazanej przez dyrektora CLKP minimalnej liczby projektów opinii, uczestniczenie w co najmniej 15 ogólnych miejsc zdarzeń oraz w co najmniej jednej sekcji zwłok, odbycie praktyk w laboratoriach kryminalistycznych komend wojewódzkich (lub stołecznej) Policji oraz w CLKP, pozytywne opinie opiekuna praktyk. Szkolenie kandydata na biegłego trwa do 24 miesięcy, po czym zamyka je egzamin końcowy. Jeżeli kandydat zaliczy egzamin, dyrektor CLKP wydaje decyzję o nadaniu uprawnień biegłego. Uprawnienia są wydawane na czas nieokreślony, ale wygasają, jeżeli nastąpi trzyletnia

³³ T. Tomaszewski, *Czy korzysta się z opinii prywatnych?*, „Przebieg Sądowy” 1997, nr 2, s. 28.

³⁴ *Ocena kompetencji biegłych sądowych. Oczekiwania i rekomendacje*, red. P. Rybicki, Warszawa 2015, s. 59.

³⁵ Zarządzenie nr 3 Komendanta Głównego Policji z dnia 17 stycznia 2014 r. w sprawie uprawnień do wydawania opinii oraz wykonywania czynności w policyjnych laboratoriach kryminalistycznych (Dz. Urz. KGP z 2014 r. poz. 7).

przerwa w wydawaniu opinii przez eksperta. Biegły zatrudniony w policyjnym laboratorium kryminalistycznym jest poddawany ocenie prowadzonej przez CLKP nie rzadziej niż raz na trzy lata.

Własny model kształcenia biegłych opracował również Instytut Ekspertyz Sądowych, zgodnie z którym najpierw należy pracować pod kierunkiem doświadczonego biegłego. Następnie otwarte zostaje postępowanie kwalifikacyjne z egzaminem obejmującym elementy prawa oraz wiedzy o instytucjach. Postępowanie kończy egzamin na biegłego, w czasie którego kandydat prezentuje ekspertyzę i odpowiada na pytania komisji egzaminacyjnej (w komisji zasiadają: sędzia, dwóch prokuratorów, adwokat, biegły z danej dziedziny, który prowadził postępowanie, i kierownik zakładu lub jego pracownik)³⁶.

Niestety podobne do wskazanych wyżej regulacji potwierdzania kwalifikacji biegłego nie funkcjonują w stosunku do pozostałych ekspertów, a zwłaszcza podmiotów prywatnych biorących w coraz większym stopniu udział w opiniowaniu. Od wielu lat prowadzone są prace nad wprowadzeniem ustawy o biegłych sądowych. Porównania projektów przygotowanych w latach 2006-2014 wskazują niestety na stopniowe obniżanie poziomu wymagań w stosunku do biegłych³⁷. W Ministerstwie Sprawiedliwości trwają prace nad ustawą, która kompleksowo uregulowałaby funkcjonowanie biegłych sądowych³⁸. Przygotowywany projekt przewiduje, że wnioski o wpisanie na list biegłych sądowych będzie opiniowała powołana przy Ministrze Sprawiedliwości komisja kwalifikacyjna, w której mają uczestniczyć specjaliści z różnych dziedzin, reprezentujący instytuty badawcze i stowarzyszenia zawodowe. Biegli mają spełniać najwyższe wymagania - nie tylko posiadać gruntowną wiedzę w danej dziedzinie, ale na bieżąco podnosić i uzupełniać swoje kwalifikacje³⁹. Pojawia się tym samym szansa systemowego uregulowania wymagań stawianych biegłym, co ułatwiłoby wyeliminowanie biegłych nieposiadających wymaganych kompetencji i nierzetelnych.

Na potrzebę certyfikacji biegłych w Polsce wskazywał raport z projektu Twinning Light Project w 2008 r.⁴⁰ W raporcie zdefiniowany został

³⁶ M. Strzebońska, *Biegli bardziej biegli?*, „Na Wokandzie” 2012, nr 1 (11), s. 20.

³⁷ Zob. szerzej na ten temat: P. Rybicki, *Kompetencje biegłych sądowych - narząd oceny, ocena narządu*, „Krajowa Rada Sądownictwa” 2015, nr 3, s. 35-44.

³⁸ A. Łukaszewicz, *Projekt ustawy o biegłych sądowych jest gotowy*, „Rzeczpospolita”, 12.09.2016.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Analiza porównawcza przepisów dotyczących biegłych w państwach Austrii, Francji, Hiszpanii i Wielkiej Brytanii oraz analiza polskich regulacji dotyczących biegłych*, Twinning Light Project, dostępna na: www.bip.ms.gov.pl [stan na: 23.10.2017].

zakres rekomendacji mających na celu poprawę systemu obowiązyującego w Polsce, wymieniając obszary, które wymagają ulepszenia. Wskazano na potrzebę wprowadzenia certyfikacji biegłych i sprawdzenia kwalifikacji merytorycznych kandydata z udziałem przedstawicieli organów wymiaru sprawiedliwości, wprowadzenia recertyfikacji, uzupełnienia list biegłych o dodatkowe informacje oraz stworzenia kodeksu etycznego biegłych.

Istotny wkład w uporządkowanie obszaru sprawdzania kompetencji biegłych wniosła Fundacja Europejskie Centrum Inicjatyw w Naukach Sądowych (EFIC). Realizując projekt *Forensic Watch*, podjęła próbę opracowania nowoczesnego narzędzia obiektywnej oceny kompetencji biegłych sądowych oraz monitorowania jakości ich działań. Fundacja EFIC w opublikowanym w 2015 r. raporcie⁴¹ opracowała macierz kompetencji biegłego sądowego, która ma stanowić uniwersalne i obiektywne narzędzie do oceny porównawczej kompetencji kandydatów na biegłych sądowych i samych biegłych, systematyzując wyselekcjonowane kryteria pomocne w rzetelnej ocenie. Z badań zaprezentowanych w raporcie wynika, że należy dążyć do posiadania przez biegłych sądowych (zarówno instytucjonalnych, jak i indywidualnych) certyfikatu akredytacji, poświadczanego przez tzw. stron trzeci, czyli niezależny i kompetentny podmiot, dokonujący oceny kompetencji biegłego⁴². Raport wyróżnia elementy składające się na uniwersalny model oceny kompetencji biegłych: kompetencje twarde (do których zaliczono kwalifikacje zawodowe biegłych, warsztat naukowo-techniczny, gotowość do potwierdzania swoich kompetencji i ich rozwoju) i kompetencje miękkie (komunikatywność biegłych, umiejętność rozwiązywania problemów, orientacja na klienta, planowanie i organizowanie pracy, efektywność i niezależność). Zwrócono uwagę, że poza wymienionymi w obowiązującym rozporządzeniu w sprawie biegłych sądowych kryteriami należałoby jeszcze uwzględnić następujące propozycje:

- a) ocenę kompetencji kandydatów na biegłych oraz biegłych powinno się przeprowadzać na podstawie oceny spełnienia podstawowych wymagań określonych w przepisach oraz kryteriów dodatkowych, określonych dla poszczególnych dziedzin nauk sądowych przez ekspertów z danej dziedziny;
- b) biegli powinni cięle definiować obszary swoich wiadomości specjalnych, podając stosowane przez siebie metodyki badań;
- c) biegli powinni być zobowiązani do stałego rozwoju zawodowego w swojej dziedzinie oraz do udziału w programach o charakterze badawczym;

⁴¹ *Ocena kompetencji biegłych sądowych...*, op. cit., s. 80-84.

⁴² *Ibidem*, s. 52.

d) informacje o spełnieniu przez biegłych wymaga powinny być dostępne dla wszystkich zainteresowanych⁴³.

W kontekście prezentowanych zagadnień warto zwrócić uwagę, że w 2011 r. Grupa Robocza ds. Egzekwowania Prawa Rady UE opracowała *Projekt konkluzji Rady w sprawie wizji „Europejskich nauk ścisłych 2020”, w tym utworzenia europejskiego obszaru nauk ścisłych oraz rozwoju infrastruktury nauk ścisłych w Europie*⁴⁴, natomiast 9 czerwca 2016 r. Rada UE przyjęła *Konkluzję i plan działania w sprawie dalszych kroków w celu utworzenia europejskiego obszaru nauk ścisłych*⁴⁵. Dokumenty te podkreślają znaczenie nauk ścisłych w sprawnym i skutecznym egzekwowaniu prawa, zapobieganiu i zwalczaniu przestępstw, w szczególności w uzyskiwaniu bezstronnych i obiektywnych informacji opartych na dowodach naukowych. Wskazano na konieczność zapewnienia wysokich standardów jakości badań eksperckich, uwzględnienia uznawanych standardów jakości w odniesieniu do gromadzenia, przetwarzania i wykorzystania danych uzyskanych w trakcie badań kryminalistycznych oraz kształcenia i szkolenia pracowników organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości.

W dokumentach unijnych podkreślano również potrzebę akredytacji instytutów nauk ścisłych i laboratoriów kryminalistycznych, zapewnienia kompetencji i szkolenia personelu zajmującego się naukami ścisłymi, stworzenia podmiotów zawierających wspólne najlepsze praktyki oraz ich stosowania przez laboratoria kryminalistyczne w codziennej pracy⁴⁶.

Dokumenty unijne uznają również ważną rolę utworzonej w 1995 r. Europejskiej Sieci Laboratoriów Kryminalistycznych (European Network of Forensic Science Institutes - ENFSI) w procesie opracowania minimalnych wymogów jakościowych usług kryminalistycznych oraz ułatwienia współpracy międzynarodowej w tworzeniu europejskiego obszaru nauk ścisłych do 2020 r.⁴⁷

⁴³ *Ibidem*, s. 66.

⁴⁴ *Projekt konkluzji Rady w sprawie wizji „Europejskich nauk ścisłych 2020”, w tym utworzenia europejskiego obszaru nauk ścisłych oraz rozwoju infrastruktury nauk ścisłych w Europie*, dostęp na: www.consilium.europa.eu [stan na: 23.10.2017].

⁴⁵ *Konkluzja Rady i plan działania w sprawie dalszych kroków w celu utworzenia europejskiego obszaru nauk ścisłych*, dostęp na: www.consilium.europa.eu [stan na: 23.10.2017].

⁴⁶ Załącznik: *Wizja „Europejskich Nauk Ścisłych 2020”* do: *Projekt konkluzji Rady w sprawie wizji „Europejskich nauk ścisłych 2020”*..., *op. cit.*

⁴⁷ W Polsce z ENFSI współpracują: Centralne Laboratorium Kryminalistyczne Policji, Biuro Badań Kryminalistycznych Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Instytut Ekspertyz Ścisłych im. prof. Jana Sehná w Krakowie.

Zgodnie z przyjętą w 2007 r. konstytucją ENFSI do jej podstawowych zadań należy wprowadzenie wśród wszystkich laboratoriów członkowskich zasad dobrej praktyki laboratoryjnej oraz międzynarodowych standardów gwarantujących zapewnienie jakości badań i kompetencji osób je wykonujących⁴⁸. ENFSI powołała komitet stały do spraw jakości i kompetencji The Quality and Competence Committee (QCC), którego zadaniem jest opracowywanie wytycznych co do zapewnienia jakości i oceny kompetencji.

Podsumowując, należy podkreślić, że jako opinii biegłych w dużym stopniu zależy od wiedzy, umiejętności i doświadczenia zawodowego biegłych, a skuteczne rozwiązanie problemów z tym związanych wymaga jak najszybszego uporządkowania dotychczasowych niewystarczających regulacji prawnych. Podstawowym celem reformy funkcjonowania biegłych powinno być pozyskanie jak najlepszych ekspertów z danej dziedziny opiniowania do postępowania karnego. Wymaga to uchwalenia ustawy o biegłych, która wprowadziłaby obiektywne i spójne narzędzia do oceny kompetencji biegłego, zarówno indywidualnego, jak i instytucjonalnego. Warto, aby przy opracowywaniu nowej regulacji uwzględnić przygotowane już raporty, rekomendujące standardy weryfikowania kompetencji biegłych, również na podstawie przejrzystych procedur certyfikacyjnych i akredytacyjnych, oraz wprowadzić mechanizm stałej oceny pracy biegłych. Należy mieć nadzieję, że przygotowywana ustawa o biegłych służy również wskazaniu w opracowaniu problemy, bo jedynie najlepszy biegły podnosić swoje kompetencje może dostarczając do postępowania karnego opinię o najwyższej jakości.

⁴⁸ A. Filewicz, *ENFSI a perspektywy rozwoju kryminalistyki. Rola i znaczenie organizacji na arenie międzynarodowej*, „Problemy Kryminalistyki” 2003, nr 240, s. 6; P. Girdwoy, *Opinia biegłego...*, *op. cit.*, s. 102.

Józef K. Gierowski

Kilka uwag o potrzebie wprowadzenia nowych zasad oceny i monitorowania ryzyka przemocy kryminalnej w polskim systemie prawa karnego

Wprowadzenie

Prognozowanie i związane z nim szacowanie ryzyka przemocy kryminalnej jest obszarem intensywnego rozwoju psychologii i psychopatologii sądowej. W praktyce opiniodawczej oba te zadania pozostają w bezpośrednim związku z wypowiedzianiem się o celowości i zasadności stosowania w stosunku do ujawniającego zaburzenia psychiczne sprawcy czynu zabronionego tzw. środków leczniczo-zabezpieczających.

Reforma prawa karnego w 2015 r. istotnie zmieniła katalog sytuacji, w których można i należy stosować środki leczniczo-zabezpieczające. Zdecydowanie poszerzono możliwości orzekania środków w warunkach wolnościowych, co stwarza szanse na realizowanie bardziej kompleksowych rozwiązań. Umożliwiają one podejmowanie środków w sposób bardziej dynamiczny, stwarzając warunki do łagodnego przechodzenia od skrajnie zabezpieczającej izolacji do warunków wolnościowego nadzoru. Realny staje się bardziej rozbudowany, holistyczny model środków leczniczo-zabezpieczających, a po zbliżającej się reformie opieki psychiatrycznej w Polsce można się spodziewać perspektywy szerszego odwołania się do zastosowania w prawnokarnych instytucjach leczniczych osiągniętych standardów obowiązujących np. w psychiatrii środowiskowej.

W zwi zku ze wspomnianymi zmianami, np. nowymi zasadami powoływania biegłych i ich wysłuchania (art. 354a k.p.k. i art. 199 k.k.w.)¹, powierzono biegłym psychologom i psychiatrom nowe, szczególne zadania zwi zane zwłaszcza z tymi przesłankami stosowania wspomnianych rodków, które dotyczą prognozowania i metodologii szacowania ryzyka przemocy kryminalnej. Biegli dzięki swojej wiedzy specjalnej istotnie wspierają sąd podejmujący decyzje w sprawach dotyczących uruchamiania specjalnych procedur leczniczych czy rehabilitacyjnych wobec osób, które naruszają lub mogą naruszyć prawo. Należy podkreślić, iż wypowiedzianie się o prawdopodobieństwie naruszenia porządku prawnego jest zagadnieniem o charakterze prognostycznym, ściśle związanym z szacowaniem ryzyka zachowania niezgodnego z prawem. Taka metodologia może być także przydatna w procesie wykonywania omawianych rodków przede wszystkim w dynamicznym procesie monitorowania ryzyka przemocy kryminalnej oraz zarządzania nim, przy czym dotyczy to nie tylko oddziaływań terapeutycznych, lecz także penitencjarnych. Monitorowanie efektów leczniczych i prawnych jest ściśle związane z pojęciem poprawy i może stanowić istotną przesłankę sądów prognostycznych dotyczących takich prawnokarnych pojęć i kryteriów jak: zagrożenie czy niebezpieczeństwo dla porządku prawnego, prawdopodobieństwo (ryzyko) zachowania przestępnych, prawdopodobieństwo naruszenia porządku prawnego (recydywa). Pojęcie poprawy jest też ważne z uwagi na wdrażanie i realizowanie kompleksowych, interdyscyplinarnych modeli oddziaływań leczniczo-zabezpieczających i resocjalizacyjnych, a ich ogólnym celem jest uzyskanie zmiany w kierunku poprawy, tj. zdrowienia oraz obniżenia zagrożenia dla porządku prawnego. Poprawa jest więc istotnym wskaźnikiem efektywności tych działań w wymiarze medycznym, psychologicznym, społecznym (behawioralnym) i prawnym.

Najbardziej ogólne zasady dotyczące rodków leczniczo-zabezpieczających mówi o tym, iż sposób ich wykonywania powinien być odpowiedni do stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego, który sprawca może popełnić, oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia, a także uwzględnia potrzeby i postępy w terapii lub terapii uzależnień (art. 93b § 3 k.k.)². Sąd może orzec radek zabezpieczający, gdy jest to konieczne, aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r. poz. 1904); ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny wykonawczy (tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r. poz. 665).

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r. poz. 2204).

zabronionego, a inne rodki prawne określone w kodeksie karnym lub orzeczone na podstawie innych ustaw nie są wystarczające. Rodek zabezpieczający, o którym mowa w art. 93a § 1 pkt 4, tzn. pobyt w zakładzie psychiatrycznym, może na orzec jedynie, aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości.

Wspomniana reforma prawa karnego poszerzyła kompetencje biegłych psychologów, bowiem zostali oni wskazani jako obligatoryjni biegli zarówno w sytuacji orzekania rodków leczniczo-zabezpieczających, jak i ich zmiany czy uchylania (art. 199b k.k.w.). Nowy model rodków leczniczo-zabezpieczających usiłuje rozwiązać problem prawnokarnej reakcji na zagrożenie naruszenia prawa przez osoby ujawniające różnorodne zaburzenia psychiczne w sposób bardziej kompleksowy, szerszy, uwzględniający bardziej nowoczesne europejskie wzory w tej kwestii. Praktyka najbliższych lat zweryfikuje niewątpliwie wartość proponowanych rozwiązań.

Trudno w tym miejscu nie wspomnieć, i prognostyczny charakter mają te podstawowe kryteria stosowania rodków przewidzianych w kontrowersyjnej ustawie z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób³. Na jej podstawie oczekuje się od biegłego pomocy w różnicowaniu stopnia prawdopodobieństwa naruszenia przez osobę objętą przepisami ustawy porządku prawnego - „wysokiego” od „bardzo wysokiego”⁴.

Prognostowanie, czyli od „przewidywania niebezpieczeństwa” do „szacowania ryzyka”

Wspomniane wyżej problemy to zagadnienia o charakterze prognostycznym, warto więc przypomnieć podstawową wiedzę odnoszącą się do zasad formułowania tego rodzaju sądów i ocen.

Przez prognozę rozumiemy w języku potocznym przepowiednię, wczesne rozpoznanie lub perspektywiczną ocenę jakich wydarzeń lub procesów. W naukach humanistycznych i behawioralnych chodzi konkretnie o zapowiedź zachowania, przebiegu procesu, choroby lub zacho-

³ Dz.U. z 2014 r. poz. 24 ze zm.

⁴ J.K. Gierowski, *Uwagi psychologa sądowego o możliwościach opiniowania o stopniu zagrożenia u osób objętych ustawą z 22 listopada 2013 r.*, „Przegląd Wiadomości Prawnych” 2014, nr 82, s. 15-46.

wania społecznego grupy b d jednostek⁵. Prognoza kryminalna to zapowiedź przyszłego zachowania człowieka lub grupy ludzi rozpatrywana w kontekście funkcjonowania systemu prawa karnego. Prognoza możliwości zagrożenia porzdku prawnego lub wysokiego prawdopodobieństwa popełnienia określonego czynu zabronionego stanowi szczególnie form ukierunkowanych na sprawcę, indywidualnych przewidywań dotyczących recydywy, zarówno w jej prawnokarnym, jak i kryminologicznym ujęciu. Chodzi przy tym, w sytuacji stosowania leczniczych środków zabezpieczających, nie tyle o kształt przyszłego zachowania sprawcy stanowi tego czyn zabroniony, lecz o przestępstwa (czyny zabronione) o znacznej społecznej szkodliwości, charakteryzujące się np. znacznym nasileniem przemocy. Można też wskazać wiele istotnych kwestii ujmujących zagadnienia diagnozy i prognozy z interdyscyplinarnego punktu widzenia - psychologicznego, psychiatrycznego, prawnokarnego, czy też kryminologicznego. Trudno nie dostrzec, że we wszystkich tych obszarach zachodzi pytanie o relację między prognozą a diagnozą.

Wywodzi się z języka starogreckiego słowo „diagnoza” (*δίω.ΥWjm*) opisywane jest w języku polskim jako rozpoznawanie, identyfikowanie, rozróżnienie lub decydowanie. Słowo to zostało wprowadzone do medycyny i używane tam jest w oryginalny sposób. W tym obszarze językowego uzusu możemy mówić o rozpoznaniu choroby, jej przyczyn i przebiegu oraz związanym z nim wynikiem leczenia⁶. Analogicznie do tego procesu pojęcie diagnozy zostało wprowadzone do psychologii, w pierwszym rzędzie do psychologii klinicznej. Można przy tym rozróżnić następujące zharmonizowane ze sobą obszary funkcjonalne. Rozpoczyna je opis określonych problemów, cech i zakłóceń tworzących baz wyjściową do dalszego postępowania. Fakty te można najlepiej przedstawić symptomatycznie, zgodnie z opisem ich specyficznego rodzaju, cech, czasu i przebiegu. Kolejnym krokiem jest klasyfikacja lub przyporządkowanie diagnozy do systemu klasyfikacji (np. ICD-10, DSM-IV-TR, DSM-5). Następnie należy wyjaśnić diagnozowane syndromy. Z tego wyjaśnienia można dopiero stworzyć, w idealnym przypadku, przy uwzględnieniu ewentualnych interwencji, prognozę dotyczącą przebiegu analizowanego zjawiska czy procesu. Na zakończenie można wymienić fachowe oceny, analizy ewentualnego powodzenia lub niepowodzenia branych pod uwagę interwencji, leczenia i środków. Dia-

⁵ *Słownik współczesnego języka polskiego*, t. 2, oprac. red. pod kierunkiem A. Sikorskiej-Michalak, O. Wojniłko, Warszawa 1998, s. 170.

⁶ *Ibidem*, s. 150.

gnoza, a tym samym i prognoza, jako kolejny wynik procesu, jest porównywalna z metodą eksperymentalną. W tym procesie można ustalić hierarchicznie zsynchronizowane następujące kroki: 1. Wyjaśnienie postawionych pytań; 2. Postawienie konkretnych hipotez badawczych; 3. Sprawdzenie kompetencji naukowych niezbędnych do rozwiązania problemu; 4. Wybór, realizacja i interpretacja technik metody; 5. Postawienie diagnozy i zredagowanie ostatecznej opinii (ekspertyzy)⁷.

Podczas przedstawionego powyżej, schematycznego w swej formie, procesu diagnozowania psychiatryczno-psychologicznego nie można zapominać o prawnym kontekście postępowania diagnostycznego, który jest tu podstawowym punktem odniesienia opisanych czynności i kroków diagnostycznych. Każde postawienie prognozy składa się z elementów normatywnych i empirycznych, przy czym w zakresie normatywnym ustala się kryteria, którymi powinna kierować się prognoza⁸. Normatywne warunki ramowe ustalane są przez ustawodawcę i precyzowane, opracowywane oraz modyfikowane w codziennej praktyce stosowania prawa. W przeciwieństwie do tego ustalane są podrzędne empiryczne elementy diagnostyczne wymagające sięgnięcia do naukowego stanu wiedzy, np. o warunkach, przyczynach czy okolicznościach popełniania przestępstw. Istotną rolę wśród elementów empirycznych odgrywa szczególnie w tym celu opracowane techniki i narzędzia diagnostyczne. W przypadku analizowania kwestii związanych ze rodzajami leczniczo-zabezpieczającymi decydujący jest ich zaradczy i zabezpieczający charakter. Jest on ukierunkowany w pierwszym rzędzie na zabezpieczenie lub ochronę społeczeństwa przed niedozwolonymi, zagrożeniami kar kryminalnymi, społecznie szkodliwymi, najczęściej zwinionymi, zachowaniami. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że rzeczoznawca (ekspert, biegły) w tych okolicznościach nie wdaje się w ogóle w ocenę stopnia niebezpieczeństwa czy społecznej szkodliwości przestępstwa, pozostawiając to do analizy i oceny prawnikowi (sędziwi).

Porównywalne, choć z pewnością trudniejsze dylematy, dotyczą kwestii prawdopodobieństwa dalszych, przyszłych zagrożeń. Generalnie można przypuszczać, że sprawca popełni jeszcze jedno lub kilka niebezpiecznych przestępstw tego samego typu. Występuje tu przede wszystkim problem, jaki stopień pewności musi mieć wymagane przez

⁷ J.K. Gierowski, *Uwagi psychologa sędziwego...*, op. cit.

⁸ M. Bock, *Gegenwärtiger Stand der kriminologischen Prognoseforschung*, „Forensia-Jahrbuch” 1992, Bd. 3, s. 29-42; A. Stöver, F. Wendt, *Kriminalprognose im klinischen Kontext*, [w:] *Praxishandbuch Forensische Psychiatrie des Kindes-, Jugend- und Erwachsenenalters Grundlagen, Begutachtung und Behandlung*, Hrsg. F. Häfner, W. Kinze, N. Nedopil, Berlin 2011, s. 463-474.

ustawodawca prawdopodobieństwo odnoszące się do prognozowania takiego niedozwolonego zachowania. W tej kwestii nie wypowiadają się jednoznacznie ani ustawodawca, ani komentatorzy. Warto w tym miejscu przestrzec przed próbami stosowania jakichkolwiek wskaźników liczbowych, chociażby procentowych (np. stuprocentowa pewność). Trudno te przyjąć, i w sytuacji formułowania sądów prognostycznych należy się ograniczyć jedynie do prawdopodobieństwa granicznego z pewnością. Mało przydatne jest również stwierdzenie, iż wiarygodność faktów przemawia za wystąpieniem określonego zjawiska nie przeciw. Nie wystarczy też prognoza, że popełnienie takich czynów zabronionych w przyszłości nie jest wykluczone, jest możliwe lub tylko prawdopodobne. Przypuszczenia dotyczące przyszłości muszą wykazywać znaczne prawdopodobieństwo określonego zachowania, jego bliskość, mówić krótko, chodzi o wysoki stopień analizowanego prawdopodobieństwa⁹.

Dla psychiatryczno-psychologicznych czynników diagnostycznych związanych z formułowaniem prognozy ważne są trzy fundamentalne kwestie odnoszące się, po pierwsze, do oceny osobowości sprawcy, w tym zwłaszcza jej funkcjonalnych i strukturalnych właściwości z perspektywy psychopatologii, po drugie, do oceny motywacyjnych warunków czynu zabronionego oraz, po trzecie, do ogólniejszej oceny ryzyka przyszłego zachowania na podstawie obu pierwszych, charakterystycznych dla osoby sprawcy warunków¹⁰.

Analizując diagnostyczne przesłanki i metody stawiania prognozy, można odwołać się do wyróżnionych w literaturze przedmiotu podziałów metod na intuicyjne, statystyczne i kliniczne.

Metoda intuicyjna jest najczęściej stosowana w codziennej praktyce organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości. Decyzje podejmowane tutaj są na podstawie indywidualnego doświadczenia sędziego i zawodowego prawnika, stanowi tego organ procesowy.

Na gruncie krytyki subiektywności formułowanych intuicyjnie prognoz rozwinęły się tzw. metody statystyczne. Decydujące w opracowywaniu tego typu prognoz były względnie praktyczne, a mianowicie otrzymanie ekonomicznej, prostej i obiektywnej metody umożliwiającej

⁹ H. Göppinger, *Zur Beurteilung der Kriminalprognose*, „Forensia” 1976, Bd. 1, s. 9-24; N. Leygraf, S. Nowara, *Prognosegutachten Klinisch - psychiatrische und psychologische Beurteilungsmöglichkeiten der Kriminalprognose*, „Forensia” 1992, Bd. 3, s. 43-63; *Forensische Psychiatrie als interdisziplinäre Wissenschaft*, Hrsg. E. Yundina, S. Stübner, M. Hollweg, C. Stadtland, Berlin 2012.

¹⁰ J.K. Gierowski, L.K. Paprzycki, *Niepoczytalność i psychiatryczne rodki zabezpieczające. Zagadnienia prawno-materiałne, procesowe, psychiatryczne i psychologiczne*, Warszawa 2013.

rozróżnienie sprawców zagrożonych powrotem do przestępstwa od pozostałych. Efektem prac badaczy było stworzenie tzw. tablic prognoz. W tej pracy poczyniono z dużym entuzjazmem i bardzo cenionej metodzie chodziło przede wszystkim o proste wyliczenie predyktorów, które miały pozwolić na odejście od spekulacji i oparcie prognozy przyszłego zachowania na naukowych podstawach. Ze względu na budzący zastrzeżenia trafno w diagnozie indywidualnej tego typu podjęto próby ulepszenia technik statystyczno-metodycznych. Miało to poprawić dokładność stawianych prognoz. Zamierzano osiągnąć to przez stosowanie wielowariantowych technik, które miały lepiej i pewniej uwzględnić wzajemne zależności czynników o różnorodnym znaczeniu¹¹. Próby te określano w literaturze jako metod strukturalne lub grupowania.

Podsumowanie oceny metod statystycznych w indywidualnej prognozie przestępczości prowadzi do wniosku, że przy całej ich ekonomii i obiektywności w najlepszym przypadku mogłyby stosowane jako uzupełnienie obszernego, wielokierunkowego, subtelnego badania diagnostycznego, nie stanowi natomiast żadnej alternatywy do wymaganej przez ustawodawcę oceny idiograficznej, polegającej na pogłębionym, indywidualnym studium jednostki.

Brak spójności i jednoznaczności wyników badań nad czynnikami predysponującymi do kryminalnych zachowań agresywnych, ich niska trafność i zgodność uniemożliwiały proste wykorzystanie wspomnianych powyżej technik i procedur do tego rodzaju szacowania zagrożenia czy ryzyka, które spełniałoby podstawowe warunki rzetelnej prognozy, niezbędnej do podejmowania trafnych decyzji i rozstrzygnięć procesowych. Stały się natomiast bodźcem do dalszych poszukiwań korelatów związanych z podwyższonym ryzykiem popełnienia kolejnych czynów zabronionych. Od lat dąży się do stworzenia narzędzi i procedur, które umożliwiłyby jak najbardziej obiektywnie i jednocześnie maksymalnie wysoko trafność takiej oceny. Jej celem jest przewidywanie przyszłości i kierowanie (zarządzanie) ryzykiem popełnienia kolejnego czynu zabronionego, a także monitorowanie nasilenia ryzyka przemocy w dłuższych przedziałach czasowych i to zarówno w stosunku do poczytalnych, jak i niepoczytalnych sprawców. Dotyczy to całego biegu procesu karnego, od jego wszczęcia do wykonania kary czy też leczniczego rodzaju zabezpieczającego. Ocena ryzyka jest procesem, podczas którego sprawca jest badany w wielu wymiarach, które posiadają empiryczne potwierdzenie, że mają wpływ na wzrost prawdopodobieństwa popełnienia przestępstwa (czynu zabronionego).

¹¹ H.J. Schneider, *Kriminalprognose*, [w:] *Die Psychologie des 20. Jahrhundert*, Bd. 14, *Auswirkungen auf die Kriminologie*, Hrsg. idem, Zürich 1981.

W praktyce dokonuje się oceny ryzyka za pomocą jednej z trzech metod: bezpośredniej oceny klinicznej, bezpiecznej metody przewidywania albo ustrukturuwanej profesjonalnej oceny. Ten trzeci typ, który obecnie staje się najbardziej popularny, jest też nazywany podejściem anamnesticznym¹².

Ocena kliniczna w najszerszym stopniu realizuje zasady określone jako podejście idiograficzne, a więc takie, które eksponuje niepowtarzalność i indywidualność w analizie ludzkiego zachowania, jego przyczyn, mechanizmów i manifestacji¹³. Wiąszo klinicystów jest do zgodna co do kryteriów, którymi powinny kierować się osoby oceniające ryzyko popełnienia czynu zabronionego przez sprawców niepoczytalnych, czy też takich, którzy ujawniają inne niż psychotyczne (chorobowe) zaburzenia psychiczne, warunkujące np. stan znacznie ograniczonej poczytalności. Wspomniane kryteria koncentrują się wokół kilku podstawowych zagadnień związanych, po pierwsze, z chorobą psychiczną i jej leczeniem; w przypadku drugiej grupy sprawców także z używaniem substancji psychoaktywnych; po drugie, z popełnionym czynem zabronionym oraz, po trzecie, z indywidualnymi trudnościami adaptacyjnymi sprawcy i wsparciem ze strony jego społecznego otoczenia. Wśród czynników związanych z chorobą szczególną wagą klinicycy przywiązują do krytycyzmu w stosunku do objawów choroby (wglądu), motywacji chorego do leczenia i umiejętności podejmowania współpracy w procesie leczenia i zdrowienia. Nie bez znaczenia jest też stan psychiczny i utrzymująca się remisja choroby. Niemoliwym do pominięcia czynnikiem jest popełniony przez sprawcę czyn zabroniony. W ocenie klinicznej bierze się pod uwagę zarówno sam czyn, jego charakter, sposób jego dokonania, jak również charakterystykę ofiary. Przedmiotem refleksji jest także motywacja popełnienia czynu, w związku z którym ma być orzeczony rodek zabezpieczający. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, czy jest to pierwszy czyn zabroniony badanego, czy też miał on już jakieś konflikty z prawem i jakiego rodzaju. Klinicycy nie poprzestają na ocenie samego czynu i towarzyszących mu okoliczności, ale też przyglądają się aktualnemu stosunkowi sprawcy do popełnionego czynu,

¹² D. Modrzejewska-Wójcik, G. Mącznik, *Zarzadzanie ryzykiem - prawne, kliniczne i praktyczne kryteria oceny zagrożenia popełnienia kolejnego czynu zabronionego przez niepoczytalnego sprawcę*, [w:] *Białe plamy w psychologii s. dowej*, red. B. Gulla, I. Niewiadomska, M. Wysocka-Pleczyk, Kraków 2010, s. 275-286; *Forensische Psychiatrie.*, op. cit.

¹³ A. Wadeley, A. Birch, T. Malim, *Wprowadzenie do psychologii*, tłum. J. Bobryk, J. Suchecki, Warszawa 1994, s. 78-84.

emocjom, które ta sytuacja aktualnie w nim wzbudza, i krytycyzmowi wobec popełnionego czynu czy chociażby rozumieniu jego konsekwencji. Niezwykle istotnym czynnikiem, chociażby występującym wyłącznie w grupie osób z problemem używania substancji psychoaktywnych, jest motywacja i chęć do utrzymania abstynencji. Właśnie takie różnego rodzaju indywidualne trudności sprawcy. Zainteresowanie klinicystów wzbudza umiejętność radzenia sobie ze stresem, strategie rozwiązywania trudności emocjonalnych i problemów, a także aktualna postawa sprawcy. Tym, co wpływa na ocenę kliniczną, jest również społeczna sprawcy, możliwości uzyskania przez niego wsparcia otoczenia i środowisko, do którego wraca, a także wewnętrzna gotowość do przyjęcia wspomnianego wsparcia. Zazwyczaj klinicyści próbują w swej ocenie uwzględnić wszystkie te obszary, właściwie w to całość swojej wiedzy i kompetencje zawodowe, ale jak w każdej tego typu formie przewidywania nie bez wpływu pozostają intuicja i dotychczasowe doświadczenie oraz tzw. czynnik ludzki, a więc np. osobowość czy też poglądy klinicysty¹⁴.

Porównując metodę kliniczną do wspomnianych już metod prognozowania (intuicyjnej czy statystycznej) w kontekście rozstrzygania problemów odnoszących się do niebezpieczeństwa, zagrożenia ze strony sprawcy czy też wysokiego prawdopodobieństwa wystąpienia określonego, zabronionego zachowania, trzeba podkreślić za Norbertem Nedopilem¹⁵, że o ile w praktyce sądowej i codziennieci wymiaru sprawiedliwości z reguły stawiana i akceptowana jest prognoza intuicyjna, o tyle oczekiwana od psychiatrów i psychologów prognoza dotycząca osób chorych i zaburzonych psychicznie zakłada użycie specjalnych metod oraz możliwości do prześledzenia strategii podejmowania decyzji. Statystyczne tablice prognostyczne oraz pozostałe metody diagnostyczne niewystarczająco jako jedyna pomoc przy podejmowaniu takich właśnie decyzji. Wymagany jest tu cały repertuar diagnostyki psychologiczno-psychiatrycznej. Jeżeli wykluczy się grupę „zawodowych” przestępców, to w przypadku pozostałych badanych osób chodzi bez wyjątku o psychopatologiczne zaburzenia i anomalie różnego rodzaju. Najpierw należy więc przeprowadzić klasyfikację badanej osoby w odniesieniu do opisowej, psychopatologicznej, zespołowej diagnozy, a dopiero potem do pojęć i kryteriów prawnych. Nie stanowi to z reguły problemu, o ile

¹⁴ J.K. Gierowski, *Uwagi psychologa sądowego*, *op. cit.*; D. Modrzejewska-Wójcik, G. Mącznik, *Zarzeczanie ryzykiem*, *op. cit.*

¹⁵ N. Nedopil, *Die Bewährung von Prognosekriterien im Maßregelvollzug*, „Forensia-Jahrbuch” 1992, Bd. 3, s. 55-63.

wychodzi si z jasno zadeklarowanego systemu oceny (klasyfikacji). Istniej przydatne do realizacji powy szego celu standardowe systemy, takie jak DSM-IV-TR lub ICD-10¹⁶.

Podsumowuj c powy sze uwagi, nale y przede wszystkim stwierdzi , e metoda kliniczna ma przewag nad pozostałymi. Badania porównawcze mi dzy opiniami wydawanymi przez ekspertów a opiniami formułowanymi przez laików nie napawaj jednak optymizmem. Dowodz tego np. badania niemieckie sprzed ponad dwudziestu lat, z których do jasno wynika, i eksperci (biegli) niewiele ró ni si w ocenie prognozy od laików i prawników. Nie zmienia to faktu, e ze wszystkich mo liwo ci metoda kliniczna jest najbardziej godna polecenia, posiada te du y potencjał rozwojowy. Pomimo wspomnianej wy ej krytyki nale y zaliczy prognoz do najtrudniejszych i najwa niejszych pyta w psychiatryczno-psychologicznej praktyce opiniodawczej¹⁷.

Nieco odmienny charakter ma prognoza lekarska. W jej przypadku chodzi z jednej strony o ustalenie i opisanie psychopatologicznego podło a tych czynników, które okre laj prawdopodobny stopie niebezpiecze stwa, jakie stwarza badany sprawca dla porz dku prawnego. Z drugiej strony diagnoza i prognoza lekarska powinny zawiera program i ocen ewentualnych oddziaływa farmakologicznych i psycho-terapeutycznych, które mogłyby doprowadzi do ograniczenia b d zniesienia stanu powa nego niebezpiecze stwa lub te zmniejszy prawdopodobie stwo popełnienia przez sprawc podobnego czynu, jak ten, w zwi zku z którym opiniowano u niego niepoczytalno . Tego typu prognoza wci stanowi powa ny problem opiniodawczy. Jak wynika z bada Danuty Hajdukiewicz i Janusza Heitzmana, biegli psychiatrzy nie tylko nie znaj aktualnych kryteriów opiniodawczych, ale niejednokrotnie naruszaj takie podstawowe deontologiczne zasady jak sumiennie czy bezstronno ¹⁸.

Wspomniane ju metody bezpo redniego przewidywania maj swo-je historyczne uwarunkowania w metodach statystycznych. Przewidy-

¹⁶ V. Dittmann, *Grundlagen und Technik der psychiatrischen Begutachtung im schweizerischen Strafrecht*, „TW Neurologie Psychiatrie Schweiz” 1991, Vol. 2, Nr. 5, s. 209-222.

¹⁷ N. Leygraf, S. Nowara, *Prognosegutachten Klinisch...*, *op. cit.*

¹⁸ D. Hajdukiewicz, *Problemy z ocen wysokiego prawdopodobie stwa powtórzenia czynu o znacznej społecznej szkodliwoci*, „Post py Psychiatrii i Neurologii” 2006, nr 15, s. 45-49; *idem*, J. Heitzman, *Nieuzasadnione stosowanie rodka zabezpieczaj cego zwi zanego z umieszczeniem w szpitalu psychiatrycznym*, „Psychiatria Polska” 2006, nr 4, s. 649-656.

wanie opiera się tu wyłącznie na tzw. twardych czynnikach, które są faktami, są ściśle i łatwo określić, czy kiedykolwiek wystąpiły. Ich wpływ na kryminogenne zachowania został empirycznie potwierdzony, są to predyktory antysocjalnego zachowania, nazywane często kryminogennymi potrzebami. Wyróżnia się wśród nich niewystarczającą opiekę rodzicielską, impulsywność, nadużywanie substancji psychoaktywnych, kryminalne środowisko rówieśników, postawy, które chronią i preferują używanie przemocy lub usprawiedliwiają łamanie prawa. Wielokrotnie przeprowadzane metaanalizy doprowadziły do zidentyfikowania tych kryminogennych potrzeb i umieszczenia ich w skalach ryzyka. Ta forma narzędzia służącego ocenie ryzyka okazała się jednak zbyt mało elastyczna, aby w pełni realizować stawiane przed takimi narzędziami zadania. Podstawowym zarzutem było opieranie się na czynnikach z przeszłości. W związku z tym uniemożliwiały one dostrzeganie zmian związanych z procesem leczenia czy terapii, jakiemu zazwyczaj jest poddawany nie poczytalny czy zaburzony psychicznie sprawca. Kolejnym, choć nie mniej ważnym, zarzutem było nieuwzględnienie w procesie oceny nasilenia określonych czynników oraz ich wzajemnych powiązań, które, stanowiąc nową jakość, mogą mieć ogromny wpływ na potencjalne ryzyko zachowania przestępczego.

Ponieważ ten typ narzędzia okazał się z jednej strony zbyt mało elastyczny, ale z drugiej strony pomocny w porządkowaniu informacji o możliwym zagrożeniu, podjęto próby stworzenia narzędzia, które byłoby bardziej elastyczne, nie tracąc jednocześnie nic ze swojej jasności i konkretności, a w szczególności łatwości używania. Tak doszło do wyodrębnienia podejścia anamnesticznego. Polega ono, ogólnie rzecz biorąc, na próbie połączenia wszystkich zalet wystandaryzowanego narzędzia i klinicznej oceny. Praca nad tworzeniem podejścia anamnesticznego opierała się na tych samych zasadach, co w przypadku bezpiecznych narzędzi oceny, ale włączając w to elementy oceny klinicznej, takie jak elastyczność i zmienność w czasie, wzajemny wpływ poszczególnych czynników, czy odwołanie się do aktualnej sytuacji życiowej i potencjalnych możliwości ocenianego sprawcy. Efektem powyższych prac było pojawienie się najnowszej generacji narzędzi, czyli tzw. ustrukturyzowanej profesjonalnej oceny ryzyka, która jest połączeniem obiektywnych, opartych na faktach czynników ryzyka drugiej generacji z subiektywnymi, profesjonalną interpretacją wagi, częstotliwości i czasu trwania tych ustalonych uprzednio czynników.

Ustrukturuwana profesjonalna ocena ryzyka przemocy kryminalnej

Stan wiedzy z zakresu psychologii i psychiatrii s dowej wskazuje wy-
ra nie kierunek rozwoju metod prognozy ryzyka - w stron ustrukturu-
rowanej profesjonalnej oceny, nazywanej te podej ciem anamnestycz-
nym. W konsekwencji opisanego ukierunkowania w nurcie *structured
professional judgement* (SPJ) stworzono wiele zaawansowanych narz -
dzi do oceny obecno ci, nasilenia oraz współwyst powania czynników
ryzyka zachowa agresywnych sprzecznych z prawem oraz czynników
ochronnych (HCR-20, SAPROF, START, SAVRY, FAM, SVR-20, SARA).
Zaprojektowano je oraz ewaluowano z dbało ci o standardy metodo-
logiczne, przy jednoczesnej współpracy z klinicystami, w taki sposób,
by stały si jak najbardziej pomocne zarówno w realizacji celów i zada ,
stawianych przed biegłym psychologiem czy psychiatr , wypowiadaj -
cym si np. o poczytalno ci sprawcy, czy o zasadno ci stosowania rod-
ków zabezpieczaj cych, jak i tych stoj cych przed terapeut czy psycho-
logiem penitencjarnym.

Reguły SPJ stanowi konsekwencj d enia do opracowania proce-
dur, które umo liwiłyby specjalistom pracuj cym ze sprawcami prze-
mocy najbardziej obiektywn i jednocz nie maksymalnie wysok traf-
no oceny ryzyka. Sformułowano je ze wiadomo ci bezwzgl dnego
prymatu diagnozy klinicznej w zakresie holistycznego postrzegania
jednostki. Twórcy opisywanego podej cia zdawali sobie spraw , e by-
mo e adna metoda nie b dzie w stanie zast pi zło onego, dynamicz-
nego procesu diagnozowania, ujmujecego psychologiczn niepowtarzal-
no i indywidualno ocenianego sprawcy przemocy. adna metoda
nie zast pi te kompetentnego diagnosty. Maj c na uwadze wymienio-
ne zalety diagnozy klinicznej, dostrzegano jednocz nie towarzysze
czynionym w ten sposób ustaleniom zagro enie ska enia subiektywi-
zmem badacza. Historycznie wcze niejsz odpowiedzi na tak sformu-
łowane zarzuty były tzw. metody aktuarialne. Podstaw konstrukcji
list czynników ryzyka była w tym wypadku ich warto predyktywna.
Poszukiwano w historii ycia jednostki statystycznie istotnych predyk-
torów pojawienia si przemocy. Koncentracja na przeszło ci sprawcy
skutkowała ocen ryzyka o charakterze statycznym. Aktualnie taki spo-
sób post powania uznaje si za niewystarczaj cy. W ramach podej cia
SPJ ocena ryzyka uwzgl dnia:

- kontekst, co oznacza, e ryzyko wyst pienia w przyszło ci zachowa
zawijanych z u yciem przemocy jest w wysokim stopniu zale ne od
sytuacji i okoliczno ci;

- dynamik , czyli podleganie zmianom - w konsekwencji w procesie diagnozy specjalista, prócz zmiennych statycznych, rozpatruje rolę czynników o charakterze klinicznym oraz odnoszących się do przyszłości, które mogą zmieniać się przy zmianie kontekstu i okoliczności pomiaru;
- nasilenie, co oznacza, że ryzyko rozpatruje się jako kontinuum.

Jak wynika z powyższego, zadaniem oceniającego jest określenie natury i stopnia ryzyka wystąpienia pewnego rodzaju zachowania osoby o określonych właściwościach, w przewidywanych warunkach i kontekście¹⁹. Ogólniej rzecz biorąc, zmiany w podejściu do problematyki prognozowania polegały na przejściu od przewidywania niebezpieczeństwa do szacowania ryzyka, uwzględniającego szerszą rolę ocen dotyczących zmiennych rodowiskowych, społecznych i sytuacyjnych²⁰.

Prócz wysokiej wartości diagnostyczno-prognostycznej akcentuje się też coraz silniej możliwość zarządzania ryzykiem przemocy na podstawie danych uzyskiwanych w procesie diagnozy z użyciem tzw. narzędzi trzeciej i czwartej generacji (HCR-20, SAPROF, START, SAVRY, FAM, SVR-20, SARA). W praktyce oznacza to uwzględnianie wagi poszczególnych czynników ryzyka podczas planowania oddziaływań prewencyjnych i terapeutycznych wobec jednostki, a następnie systematyczną ewaluację poziomu ich nasilenia na skutek podjętych działań.

Od niemal trzech dekad prowadzone są intensywne badania z użyciem skali HCR-20 w różnych populacjach niemal na całym świecie. Od momentu powstania samego narzędzia było dwukrotnie rewidowane. Aktualnie obowiązuje jego trzecia wersja. Podłoże zmian wprowadzanych do HCR-20 sukcesywnie od lat 90. XX w. stanowi owoce interdyscyplinarnych konsultacji teoretyków i praktyków z dziedziny oceny ryzyka. Ich kierunek odzwierciedla dążenie do stworzenia warunków do analizy nasilenia i struktury ryzyka przemocy optymalnie zbliżonych do tych, jakich wymaga podejście idiograficzne. Najnowsza wersja skali umożliwia rangowanie dostrzeżonych w jednostkowej historii (podskala H), teraźniejszości (podskala C) oraz przyszłości (podskala R) czynników ryzyka przemocy. Wspomniana waga danego czynnika do-

¹⁹ R. Borum, P. Bartel, A. Forth, *Manual for the Structured Assessment of Violence Risk in Youth*, Odessa (Fl) 2002; D.P. Boer, S.D. Hart, P.R. Kropp, Ch.D. Webster, *Manual for the Sexual Violence Risk - 20*, The Mental Health, Law & Policy Institute, 1997; K.S. Douglas, Ch.D. Webster, S.D. Hart, D. Eaves, J.R.P. Ogloff, *HCR-20 Violence Risk Management Companion Guide*, The Mental Health, Law & Policy Institute, Simon Fraser University, B.C. Forensic Psychiatric Services Commission, 2002.

²⁰ D.P. Boer et al., *Manual for the Sexual Violence...*, op. cit.

tyczy ma stopnia, w jakim czynnik stanowi klucz do wyjaśnienia przyczyn przemocy i ustalenia postępowania niezbędnego, aby zapobiec agresywnym aktom w przyszłości²¹. Opisana procedura odzwierciedla heterogeniczność grupy sprawców przemocy, w obrębie której można wyróżnić rozmaite czynniki spustowe i mechanizmy przemocy. Wiele danych wskazuje na wysoką użyteczność skali HCR-20 w warunkach klinicznych i penitencjarnych, a także potwierdza jej dobre właściwości psychometryczne²² - w konsekwencji, jak dotychczas, ewaluowano lub/i zadaptowano ją w 35 krajach świata.

Coraz więcej danych potwierdza także, i korzystne efekty z punktu widzenia prognozy kryminologicznej przynosi koncentracja w pracy z jednostką zagrożoną przemocą na tzw. czynnikach ochronnych. Mowa tu o zmiennych ograniczających prawdopodobieństwo wystąpienia zachowań agresywnych. Mogą one wprost przekładać się na cele terapeutyczne czy stanowi o programów indywidualnego oddziaływania. Wraz z podejmowanymi wobec jednostki działaniami zmniejszając swoje nasilenie, co skutkuje w konsekwencji zmniejszeniem poziomu prawdopodobieństwa przemocy w przyszłości²³. Analiza dostępnej literatury dotyczącej czynników ochronnych wskazuje, że większość badań w tym obszarze prowadzono do tej pory z udziałem adolescentów, za populacją osób dorosłych była konsekwentnie pomijana²⁴. Wciąż brakuje też pewnościami nie do mechanizmów działania czynników ochronnych

²¹ K.S. Douglas, A. Blanchard, M. Hendry, *Violence Risk Assessment and Management. Putting Structured Professional Judgment into Practice*, [w:] *Risk Assessment and Management. Clinical Guidelines for Effective Practice*, eds C. Logan, L. Johnstone, New York 2013, s. 29-55.

²² C. Webster, K. Douglas, D. Eaves, S. Hart., *HCR-20. Assessing the Risk for Violence*, Simon Fraser University and Forensic Services Commission of British Columbia, 1997.

²³ M. de Vries Robbé, V. de Vogel, K.S. Douglas, *Risk Factors and Protective Factors: a Two-sided Dynamic Approach to Violence Risk Assessment*, „The Journal of Forensic Psychiatry & Psychology” 2013, Vol. 24, No. 4, s. 440-457; M. de Vries Robbé, V. de Vogel, K.S. Douglas, H.L.I. Nijman, *Changes in Dynamic Risk and Protective Factors for Violence During Inpatient Forensic Psychiatric Treatment: Predicting Reductions in Postdischarge Community Recidivism*, „Law and Human Behavior” 2015, Vol. 39, s. 53-61; M. de Vries Robbé, V. de Vogel, K. Koster, S. Bogaerts, *Assessing Protective Factors for Sexually Violent Offending With the SAPROF*, „Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment” 2015, Vol. 27, No. 1, s. 51-70.

²⁴ V. de Vogel, C. de Ruiter, Y. Bouman, M. de Vries Robbé, *SAPROF. Guidelines for the Assessment of Protective Factors for Violence Risk*, Utrecht 2009 (pol. *SAPROF. Wytyczne do oceny czynników ochronnych dotyczących ryzyka przemocy* oprac. M. Nowopolski, A. Nowacka, L. Ciszewski, 2016, dostępna na: www.ryzykoprzemocy.pl).

na poziom ryzyka przemocy. Jednego z ciekawszych rozwi za wspomnianego problemu dostarcza Kevin M. Fitzpatrick²⁵. Badacz uwzgl dnia dwie mo liwo ci dzia ania czynników ochronnych - na zasadzie buforów i w postaci mediatorów. W przypadku mediowania czynnik ryzyka ma bezpo redni wpływ na zachowanie przemocowe i na mechanizmy ochronne, czego efektem jest po redni wpływ na zachowanie zwi zane z przemoc przez istniej ce mechanizmy ochronne. W modelu bufora czynnik ryzyka ma tylko negatywny wpływ na przemoc, nie ma natomiast negatywnego wpływu na czynniki ochronne. Jak dot d nie zgromadzono danych wskazuj cych na wyra n przewag które go z opisanych mechanizmów. Vivienne de Vogel *et al.* zaproponowali w ramach skali SAPROF list 17 czynników ochronnych²⁶. Dotyczy one trzech aspektów funkcjonowania: wewn trznych (psychologicznych, tj. inteligencji, bezpiecznych wi zi w dzieci stwie), motywacyjnych (behawioralnych, tj. pracy, motywacji do leczenia czy celów yciowych) i zewn trznych (rodowiskowych, tj. sieci społecznej, opieki specjalistycznej czy kontroli wewn trznej). Wiele wskazuje na to, e w zale no ci od badanej populacji ro ne czynniki ochronne wysuwaj si na pierwszy plan w redukcji prawdopodobie stwa przemocy. Relacje rodzinne i religijno s np. wa nymi protektorami przemocy u dziewcz t, lecz nie u chłopców, natomiast pozytywne relacje społeczne wykazuj silniejsze oddziaływanie ochronne u adolescentek ni u adolescentów²⁷.

Wysoka trafno ocen prawdopodobie stwa przyszłej przemocy na podstawie czynników o charakterze statycznym została obszernie uzasadniona empirycznie w literaturze z zakresu psychologii i psychiatrii s dowej. Michiel de Vries Robbe *et al.* dowiedli nadto wysokiej warto ci predykcyjnej czynników dynamicznych (ryzyka i ochronnych) nie tylko w prognozie krótkoterminowej (1-3 lata), lecz tak e w znacznie dłu szych odcinkach czasu (15 lat) w grupie sprawców przest pstw na tle seksualnym²⁸.

Rzeteln i obiektywn prognoz utrudnia fakt, i na gruncie psychologii nie powstała jak dot d jedna obowi zuj ca definicja przemocy.

²⁵ K.M. Fitzpatrick, *Fighting among America's Youth. A Risk and Protective Factors Approach*, „Journal of Health and Social Behavior” 1997, No. 38, s. 131-148, za: V. de Vogel *et al.*, *SAPROF...*, *op. cit.*

²⁶ V. de Vogel *et al.*, *SAPROF...*, *op. cit.*

²⁷ V. de Vogel, M. de Vries Robbe, W. van Kalmthout, C. Place, *Female Additional Manual (FAM). Additional Guidelines to the HCR-20 for Assessing Risk for Violence in Women*, Utrecht 2012.

²⁸ M. de Vries Robbe *et al.*, *Changes in Dynamic Risk...*, *op. cit.*; M. de Vries Robbe *et al.*, *Assessing Protective Factors...*, *op. cit.*

Wydaje się, że tak jest na gruncie prawa karnego treść i zakres znaczeniowy terminu „przemoc” są płynne²⁹. Zgodnie z polską tradycją legislacyjną kodeks karny nie zawiera ustawowej definicji przemocy. W efekcie ani w poprzednim, ani w obecnym kodeksie z 1997 r. nie wyodrębniono w adekwatny sposób przestępstw agresywnych spośród innych, kwestii to pozostawiając orzecznictwu sądowemu i literaturze prawnej. Mimo braku konsensusu odnośnie do konkretnej definicji przemocy badacze i praktycy zdają się zgodni, iż należy jej utożsamiać tylko z fizycznymi krzywdami. Takie podejście można uznać za historyczne. Klaryfikacji i jednocześnie zachowanie odpowiedniego poziomu szczegółowości definicji przemocy opracowano w ramach nurtu SPJ. Christopher Webster *et al.* zaproponowali, by przemoc określać jako

faktyczny akt, usiłowanie lub groźba wyrządzenia krzywdy osobie lub osobom.

Groźba wyrządzenia krzywdy - identyfikowana jako przemoc - musi być jednoznaczna i jasna (np. zabij ci!). W tym sensie nie może być to zaledwie niejednoznaczne stwierdzenie występowania wrogości. Przemoc sprowadza się do zachowania o wysokim prawdopodobieństwie wyrządzenia krzywdy innej osobie lub osobom. W tej definicji mieści się także zachowanie, które w normalnych warunkach wywołuje strach u przeciwnej osoby; np. ledzenie, przeładowanie. Skutek w postaci konkretnego uszkodzenia ciała ofiary nie jest koniecznym cechem przemocy (np. strzelanie do tłumu, nie powodujące ofiar w ludziach). Generalnie wszystkie zachowania na tyle poważne, by wywoływały sankcje karne i cywilne mogą być traktowane jako przemoc. Wszystkie przypadki nadużyć seksualnych winny być zaliczane do przemocy³⁰.

Na bazie przytoczonej definicji powstały nowoczesne narzędzia pomiarowe (tzw. narzędzia trzeciej i czwartej generacji) przeznaczone do oceny nasilenia, struktury oraz dynamiki ryzyka przemocy u sprawców w warunkach klinicznych oraz penitencjarnych. Analiza zagranicznej literatury z zakresu psychologii i psychiatrii sądowej pozwala na wypracowanie wniosku na temat wysokiej wartości prognostyczno-diagnostycznej ocen dokonywanych z ich użyciem. W ramach przywołanego podejścia ocena ryzyka przemocy opiera się na wynikach badań klinicznych (*research-guided clinical judgement*³¹). Specjalista uwzględnia w prognozie czynniki wyodrębnione i zestawione na bazie badań klinicznych

²⁹ M. Cabalski, *Przemoc stosowana przez kobiety*, Kraków 2014.

³⁰ C. Webster *et al.*, *HCR-20op. cit.*, s. 24.

³¹ Por. M. Bocheński, *Practical Aspects of Assessment of Risk of Re-offending by „Especially Dangerous” Offenders in the Context of the Judgment of the Constitutional Tribunal of 23 November 2016 (6/14)*, „Problems of Forensic Sciences” 2016, Vol. 108, s. 632-665; *idem*, *Prawnokarna reakcja wobec sprawców przestępstwa z art. 197 k.k. i art. 200 k.k. w świetle teorii i badań empirycznych*, Warszawa 2016.

i teorii naukowych. Mają one charakter statyczny (np. historyczny) lub dynamiczny. Wśród tych ostatnich wyróżnił można czynniki stabilne (predyspozycje, np. postawy, które wspierają popełnianie przestępstw, uzależnienia) oraz ostre (wyzwalające, np. utrata wsparcia ze strony najbliższych, czy stygnięcie kontakt z potencjalnymi ofiarami³²).

Przytoczone wyżej dane teoretyczne i empiryczne wskazują dobitnie, iż w poszukiwaniu uwarunkowań zachowań przestępczych konieczne jest uwzględnienie szerokiego spektrum czynników ryzyka i zmiennych o charakterze ochronnym, jak również uchwycenie zmian w ich zakresie zachodzących w efekcie podejmowanych wobec sprawcy oddziaływań leczniczych i resocjalizacyjnych.

Podsumowanie, wnioski i sugestie

Podsumowując powyższe rozważania, trzeba podkreślić, iż opracowane w nurcie SPJ modele i zaawansowane narzędzia do oceny obecności, nasilenia oraz współwystępowania czynników ryzyka przemocy mogą stanowić wartościowe wsparcie w realizacji celów i zadań stawianych przed biegłym psychologiem czy psychiatrą, wypowiadającym się zarówno o poczytalności sprawcy, jak i o zasadności stosowania środków zabezpieczających. Dając przy tym możliwość stworzenia holistycznej i funkcjonalnej klinicznej diagnozy, z jednoczesną dbałością o jej dostateczną obiektywizację. Prócz wysokiej wartości diagnostyczno-prognostycznej wspomniane narzędzia są także przydatne do formułowania i monitorowania indywidualnych programów terapeutycznych, rehabilitacyjnych i resocjalizacyjnych.

Rozważając niewykorzystane możliwości szerszego stosowania w naszym postępowaniu karnym diagnostycznych, prognostycznych i ewaluacyjnych (monitorowania) walorów wspomnianej metodologii, trudno nie postulować takich prawno-organizacyjnych rozwiązań, które tworzyłyby odrębne specyficzne modele, dotyczące prawnokarnej reakcji na wyodrębnione w naszych karnych przepisach grupy sprawców ujawniających różne formy zaburzeń psychicznych. Dotyczy one winny zarówno instytucji niepoczytalności, poczytalności znacznie ograniczonej, jak także sprawców manifestujących zaburzenia osobowości i preferencji seksualnych oraz uzależnienia. Jak najbardziej aktualny jest w tym kontekście postulat stworzenia spójnych, kompleksowych modeli, które uwzględniłyby szerzej możliwości podejmowania oddziaływań terapeutycz-

³² M. Bocheński, *Practical Aspects...*, op. cit.; idem, *Prawnokarna reakcja...*, op. cit.

nych, realizowanych na różnych etapach postpowania i uwzględniających indywidualne potrzeby i możliwości sprawców. Modele takie nie mogłyby powstać bez interdyscyplinarnej współpracy specjalistów różnych nauk. Wspomniana współpraca winna dotyczyć także zasad i procedur tworzenia nowych regulacji prawnych. W ten sposób byłyby szanse na wprowadzenie do naszej prawnokarnej rzeczywistości najbardziej wpływowej obecnie koncepcji dotyczących podstawowych zasad postpowania ze sprawcami szczególnie niebezpiecznymi. Należy tu wskazać na założenia *risk-need-responsivity*³³. Koncepcja ta wymienia zasady skutecznej resocjalizacji sprawców przestępców przy użyciu oddziaływań terapeutycznych, a to zasady: ryzyka (*risk*), potrzeby (*need*), reagowania (*responsivity*) i dodatkowo zasad profesjonalnej dyskrecjonalności (*professional discretion principle*³⁴).

Jest prawdą, iż brak jest w polskim wymiarze sprawiedliwości głębszej refleksji na temat związków problemów psychicznych sprawcy z perspektywami resocjalizacji czy też ogólnie z kwestią dostosowania prawnokarnej reakcji do cech i indywidualnych predyspozycji konkretnej osoby. Polskie regulacje prawne nie tworzą spójnego, zwartego i przemyślanego modelu, lecz są chaotyczne i przepełnione trudnym do zrozumienia bałaganem terminologicznym. Autorzy tworzonych w popiechu przepisów odwołują się często do pojęć i terminów medycznych, nadając im charakter ustawowy, wskazując w przepisach karnych ustaw na sposób i kierunek terapii, uzależniając podjęcie terapii od kryteriów prawnych, np. kwalifikacji prawnej czynu. Kolejne, do czasu ostatnio, zmiany normatywne wprowadzane były bez żadnych podstaw empirycznych (opartych na naukowych dowodach), po pierwsze, nie uwzględniały w wystarczającym stopniu interdyscyplinarnego charakteru problemu, jakim jest przestępczość osób ujawniających zaburzenia psychiczne, w tym seksualne, po drugie, dyktowane były często emocjami, potrzebami politycznymi, prowadząc w efekcie do realizowania zasad populizmu penalnego. Trudno też przyporządkować nasz system do jednego z teoretycznych modeli prawnokarnych reakcji, a jeżeli do jakiegoś – to raczej do modelu ochrony społecznej niż lokalnej.

³³ T. Ward, R.E. Mann, T.A. Gannon, *The Good Lives Model of Offender Rehabilitation. Clinical Implications*, „Aggression and Violent Behavior” 2007, Vol. 12, s. 87-107.

³⁴ M. Bocheński, *Practical Aspects...*, *op. cit.*; *idem*, *Prawnokarna reakcja...*, *op. cit.*; J. Bonta, *Risk-needs Assessment*, [w:] *Choosing Correctional Options that Work. Defining the Demand and Evaluating the Supply*, ed. A.T. Harland, London 1996, s. 293-335.

Zauważamy te mianem dominacji działań doraźnych, populistycznych i politycznych nad aktywnościami długofalowymi, przemysłowymi, naukowo uzasadnionymi.

Warto więc podjąć trud zarówno w wymiarze teoretycznym, jak i empirycznym, aby do polskich zasad odnoszących się do instytucji rodaków leczniczo-zabezpieczających wprowadzić rozwiązania oparte na naukowych podstawach i sprawdzone w czasie. Funkcjonować winny one w obszarze formułowania tych zasad prognostycznych i konceptualizacji kompleksowych modeli diagnostycznych, które są niezbędne do monitorowania przebiegu procesu leczniczego czy resocjalizacyjnego, zmniejszających ryzyko naruszenia porządku prawnego. Nowatorski charakter powyższej propozycji polega na skupieniu się na specyfice polskiego modelu rodaków i dominacji podstawowych, poznawczych celów nad replikacyjnymi i aplikacyjnymi.

Na zakończenie rozważań trzeba wspomnieć o wartościowej inicjatywie, która w przyszłości może przynieść pozytywne zmiany na omawianym gruncie. Realizując kompleksowe podejście do diagnozy i terapii sprawców zaburzonych psychicznie naruszających porządek prawny, interdyscyplinarny zespół ze Szpitala w Starogardzie Gdańskim (Michał Nowopolski - prawnik i psycholog oraz Agnieszka Welento-Nowacka i Leszek Ciszewski - psychiatrzy) zaadaptował ostatnio, zgodnie z obowiązującymi standardami, i wydał w porozumieniu z holenderskim Van der Hoeven Klinik, narzędzie do szacowania i monitorowania czynników ochronnych i czynników ryzyka przemocy kryminalnej - SAPROF i HCR-20³⁵. Świadczy po latach oczekiwania pełnowartościowe, polskie narzędzie do diagnozowania, prognozowania i monitorowania ryzyka przemocy kryminalnej.

³⁵ V. de Vogel *et al.*, *SAPROF...*, *op. cit.*; K.S. Douglas, S.D. Hart, Ch.D. Webster, H. Belfrage, *HCR-20. Assessing Risk of Violence - User Guide*, Mental Health, Law & Policy Institute, Simon Fraser University, 2013 (pol. *HCR-20. Ocena ryzyka przemocy. Podręcznik użytkownika*, tłum. M. Nowopolski *et al.*, dostępne na: www.ryzykoprzemocy.pl).

Piotr Girdwoy

Mowa końcowa i ostatnie słowo - uwagi taktyczne

Działalność zawodowa Pana Profesora Jana Widackiego realizuje się wielotorowo, jednak dwa nurty wybijają się na pierwszy plan. Nauka i dydaktyka kryminalistyki oraz praktyka adwokacka czyni Go osobą powszechnie znaną. Dlatego ten niniejszy tekst, choć czy oba w tki, wydaje się najlepszym uhonorowaniem Jubilata.

Taktyka mowy końcowej

Finis coronat opus - ta paremia powinna przy wiecu rozważaniom nad konstrukcją i wygłoszeniem mowy sadowej. Właściwie trzeba byłoby tu użyć sformułowania „wykonanie”, ponieważ wystąpienie to może i powinno zawierać oryginalne, autorskie rodki wyrazu, odmienne w zakresie rodzaju lub nacechowania od stosowanych podczas pozostałych wypowiedzi adwokata przed sądem.

Od strony taktycznej mowa końcowa (lub ostatnie słowo oskarżonego stojącego bez adwokata) należy uznać za punkt kulminacyjny rozprawy, gdy zbiegają się w niej wszystkie w tki dotychczasowego postępowania. Choć to jednak twierdzenie to bywa pojmowane niepoprawnie. Z reguły bowiem nie dochodzi w trakcie wystąpienia końcowego,

jak niekiedy przedstawia się to w literaturze bądź w filmie, do dramatycznych zwrotów akcji w postaci np. powoływania się na nowe dowody¹ czy sensacyjnego wniosku o uniewinnienie klienta itp. Przeciwnie - adwokat, nawet bardzo ufający we własne możliwości oratorskie, nie powinien raczej spodziewać się rewolucyjnych zmian w poglądach członków składu orzekającego, gdy na tym etapie procesu mają oni, co zresztą naturalne, w dużej części już uformowane zdanie o zarzucanym czynnie i jego sprawcy.

Za podstawowy cel mowy końcowej należy więc uznać wyłączenie ostateczne podsumowanie zgromadzonych dowodów w taki sposób, aby wzbudzić lub podtrzymać w sędziów co do słuszności też oskarżenia (jednej, kilku albo wszystkich). Bardzo ciekawie i trafnie amerykańska literatura definiuje, iż *closing argument* powinien wywołać w przysięgłych (można to odnieść również do naszych sędziów) chęć poszukiwania w sprawie okoliczności łagodzących, w zaleceniu od sytuacji dowodowej, prowadzących nawet do uniewinnienia².

Musi być więc to wystąpienie - podobnie jak cała strategia obrony - starannie zaplanowane i zrealizowane zgodnie z zadaniami, które stoją przed każdym z jego uczestników: debiutem, rozwinięciem i zakończeniem. Poniższe uwagi dadzą się odpowiednio zastosować również do oskarżonego występującego bez obrocy.

Debiut³

Już starożytni twierdzili, że dobry występ może przynieść powodzenie całemu wystąpieniu. Zadaniem wprowadzenia jest przyciągnięcie i pobudzenie uwagi słuchaczy, przedstawienie ogólnych ram wypowiedzi i wprowadzenie w jej dramaturgię.

Charakterystyczną dla mów (nie tylko sądowych) cech jest rozpoczęcie inwokacją, której najprostszą formą stanowi zwrot: „Wysoki sędzie!”⁴. Jednak już blisko 50 lat temu Roman Łyczywek wskazywał, nie bez racji zresztą, że anafora ta, czesto nadużywana, działa na skład orzekający jak dawka rodka nasennego⁴ i dlatego proponował np. roz-

¹ Tak słusznie: P. Kruszyński, *Stanowisko prawne obrocy w procesie karnym*, Białystok 1991, s. 241.

² A.G. Amsterdam, *Trial Manual 5 For The Defence of Criminal Cases*, t. 3, Philadelphia 1989, s. 262.

³ Por. R. Łyczywek, *Debiuty mów sądowych, czyli savoir vivre obrocy*, „Prawo i życie” 1957, nr 1.

⁴ *Ibidem*.

pocz cie wyst pienia od mniej konwencjonalnego wezwania czy po prostu od chwili milczenia, które mo e wywoła nie mniejszy efekt skupienia uwagi.

W systemie angloamerykańskim konstrukcja treściowa debiutu wydaje się bardziej sformalizowana i polega na zwi złym przytoczeniu okoliczności sprawy oraz istotnej konkluzji, jak również zasygnalizowaniu, na jakich dowodach obroca będzie się koncentrował w dalszej części mowy⁵.

Sposób ten wydaje się stosunkowo uniwersalny, lecz sądy ławnicze lub zawodowe stwarzają szersze możliwości otwarcia. Pierwszą z nich byłoby nakreślenie ogólniejszego tła czynu, a zatem np. przedstawienie trudnej sytuacji społecznej czy rodzinnej oskarżonego. Alternatywny wariant polegałby na skoncentrowaniu się na jednym lub kilku wybranych aspektach zdarzenia, którymi mogłyby być: wiek sprawcy, jego dotychczasowa postawa (przed lub po zdarzeniu), motyw, przyczynienie się pokrzywdzonego itp. Po trzecie, dopuszczalna wydawałaby się również krótka polemika z przewidywanymi lub już usłyszanymi тезami strony przeciwnej.

Wybierając z pozoru dowolny sposób otwarcia, należy uwzględnić dnia zarówno prawdopodobne preferencje składu sądu tego, taktyk strony przeciwnej, jak i własne, sformułowane na końcu mowy konkluzje.

Wielokrotnie już wspomniano, że jednym z zadań adwokata w trakcie procesu, w szczególności w postępowaniu dowodowym, jest obserwowanie reakcji sądziów nie tylko na usłyszane twierdzenia, ale również na formę, w jakiej dowody są przeprowadzane. Obroca winien więc dostosować otwarcie, jak i całą mowę, do preferencji sposobu rozumowania członków sądu orzekającego (w tym szczególnie do przewodniczącego). I tak np. wobec sądziów wymagających krótkich, precyzyjnych wypowiedzi dotyczących stanu faktycznego należałoby jak najmniej nawietlać ogólne tło sprawy i szybko przejść do polemicznych konkretów.

Wybór otwarcia zdeterminowany jest również mową oskarżycielską, dlatego niekiedy uprzednio przygotowane wprowadzenie należałoby szybko zaadaptować na potrzeby zmieniającej się sytuacji. Jeżeli prokurator wyraża nie i wielokrotnie, począwszy właśnie od тез wstępnych, podkreślał demoralizację oskarżonego, wówczas zalecane byłoby przynajmniej polemicznie nawiązać do usłyszanych stwierdzeń i wycinkowo scharakteryzować klienta, wskazując na jego cechy pozytywne (o ile takowe istnieją).

I wreszcie, co chyba ma najważniejsze konsekwencje, debiut - podobnie jak i cała mowa - powinien być skorelowany z konkretnymi wnioskami. Jeeli obroca będzie wnoszył o uniewinnienie, opierając się na kontratybie obrony koniecznej, wówczas w otwarciu nie ma sensu nakreślać *ab ovo* nierelevantnych w tym momencie stosunków rodzinnych oskarżonego. Jeeli natomiast obroca nie będzie kwestionował sprawstwa i winy klienta, a jedynie jej stopień, dając niżej kary, wówczas powinien skoncentrować się właśnie na warstwie socjopsychologicznej sprawy, niekoniecznie przytaczając przebieg zdarzenia (dobrze znany sędzynie), a raczej wyrywkowo poruszając okoliczności świadczące na korzyść oskarżonego.

Analizując strukturę formalną wstępu, a raczej jego taktykę, trzeba stwierdzić, iż mówca w pierwszych zdaniach powinien wychodzić od twierdzenia zgodnego, w mniemaniu obrocy, a przynajmniej nie-sprzecznego z poglądami składającego sędzię, nawet jeeli konkretna konkluzja miałaby w sposób istotny odbiegać od tego hipotetycznego przekonania⁶. Z reguły bowiem łatwiej przekonać do własnych poglądów osoby, wychodząc ze wspólnych niż z przeciwnych założeń; zbicie stanowisk, nawet pozorna, wzbudza naturalnie zainteresowanie mówcy. Kolejnym krokiem byłoby przyciągnięcie i zafiksowanie uwagi adresatów przez umiejętne zastosowanie odpowiedniego rodzaju retorycznego - kontrastu, alternatywy, wahania, ewentualnie humoru - z dużą ostrością. Następnie należałoby zaakcentować istotno rozpatrywanej sprawy. Stanowi to próbę przeciwdziałania rutynowemu podejściu do problematyki przez sędziów, którzy - podobnie jak każdy człowiek - w sprawy ważniejsze i oryginalniejsze angażują się chętniej, a przy tym głębiej, niż w błahe i typowe.

I wreszcie, co podkreśla się w teorii retoryki od czasów Cicerona, trzeba zapewnić sobie przychylną sędzię⁷, osiaganą przez przychylną dla osoby mówcy, dla reprezentowanej sprawy, zniechęcenie sędzię do przeciwnika lub złagodzenie jego ataku.

Uczliwość adresata względem mówcy musi być utrzymywana, rzecz jasna, podczas całej mowy, lecz jej początków należy doszukiwać się właśnie w debiucie. Jeeli bowiem nie uda się w otwarciu mowy pozyskać przychylności adresata lub wręcz wywołać jego niechętną nastawienie, tendencję będzie później trudno przełamać. Próbowanie to uczynić, z reguły marnuje się energię i argumentów na osignięcie

⁶ Por. przykłady w: H.J. Maier, *Kunst des Rechtsanwalts*, Berlin 1985, s. 190 i nast.

⁷ S. Hrones, C.C. Czar, *Criminal Practice Handbook*, Charlottesville (VA) 1999, s. 376.

stanu, który mo na było osiągnąć o wcześnie i prostszymi środkami. Na przychylnie dla swojej osoby adwokat musi wla ciwie pracować nie tyle od początku postępowania, ile od momentu rozpoczęcia kariery zawodowej. W konkretnym procesie jednak szczególnie się zapewniaj - obok tak oczywistych cech jak: takt, cierpliwo i kultura osobista - również czynniki nieuwiadamiane⁸, w postaci choćby niewerbalnych sposobów oddziaływania, omówionych nieco później.

Bardzo korzystne i interesujące, jakkolwiek wymagające znajomości granic dopuszczalności, wydaje się umiejętne zniechęcenie się do przeciwnika. Nie chodzi tu - mo e z wyjątkiem obrony konfliktowej - bynajmniej o argumenty *ad personam* czy wręcz *ad hominem*, a jedynie zasygnalizowanie, i stanowisko reprezentowane przez oponenta jest mniej atrakcyjne i godne uwagi. Taktyka ta przynosi skutki przede wszystkim o tyle, o ile nie zmierza do wywoływania w sobie uczu zdecydowanie negatywnych, z reguły zmniejszających krytycyzm poznawczy⁹, co mo e się czasem obrócić przeciwko działającemu. Od strony retorycznej efekt zniechęcenia wobec przeciwnika mo na osiągnąć np. przez umiejętne, choć powściągliwe, posłużenie się humorem. Działanie to powinno być ewentualnie skorelowane ze złagodzeniem ataku przeciwnika w postaci spokojnego i krótkiego przeciwstawienia się lub odmiennego naświetlenia prezentowanych przez niego faktów.

Otwarcie powinno być w zasadzie pozbawione emocji czy patosu (który jako chwyt retoryczny dopuszczalny byłby - z umiarem - w dalszych częściach mowy). Odstępstwo od tej zasady mogłoby stanowić względnie taktyczne¹⁰, nakazujące zachwianiemniekiedy dobrego samopoczucia przeciwnika procesowego. Debiut nie powinien przekraczać kilku minut, w trakcie których tematyka mowy powinna zostać przedstawiona możliwie jasno, choć schematycznie, zwłaszcza przy dłuższych wystąpieniach¹¹.

⁸ Takie czynniki niekiedy powodują powstanie wrażenia całkowicie wolnej decyzji, podczas gdy jest ona w rzeczywistości prostą konsekwencją wcześniejszych zachowań; por. D.M. Wegner, *The Illusion of Conscious Will*, Cambridge 2002, s. 63.

⁹ D. Dörner, T. Stäudel, *Emotion und Kognition*, [w:] *Psychologie der Emotion*, ed. K. Scherer, seria: *Enzyklopädie der Psychologie*, Themenbereich C, *Theorie und Forschung*, Serie 4, *Motivation und Emotion*, Bd. 3, Göttingen 1990, s. 331.

¹⁰ R. Łyczywek, *Debiuty móws dowych...*, op. cit.

¹¹ *Beck'sches Formular für den Strafverteidiger*, Hrsg. R. Hamm, I. Lohrberger, München 1992, s. 295.

Główna część mowy (rozwiniecie)

Zadaniem głównej części mowy jest przede wszystkim naświetlenie materiału dowodowego w sposób jak najbardziej korzystny dla oskarżonego, zarówno względem kwestii i stopnia winy, jak również odpowiadającej im kary. Zagadnienia te - nierozdzielne w procesie kontyentalnym - w zasadzie powinny się przeplatać w rozważaniach. Jeżeli linia obrony nie jest wyraźnie oparta na jednej koncepcji (np. przedstawienia), należałoby jednak w pierwszej kolejności skoncentrować się na okolicznościach dotyczących stanu faktycznego, z których wyprowadza się konkluzję służącą dowodowi do subsumpcji.

Główna część mowy odpowiada zwykle jednemu z trzech następujących schematów:

1. Przedstawienie wersji zaprezentowanej w akcie oskarżenia w kontekście materiału dowodowego, przy czym dowodów odciążających używa się głównie do wykazania luk w łańcuchu dowodów oskarżyciela.
2. Przedstawienie własnej wersji - opartej na dowodach odciążających i omówienie dowodów oskarżenia jako niewystarczających do jej obalenia.
3. Skonfrontowanie obydwu wersji w celu wykazania, że zaprezentowana przez obronę jest bardziej prawdopodobna.

Podstawowym kryterium wyboru jednego z przedstawionych modeli powinny być konkretne okoliczności sprawy. Jeżeli obrona dysponuje wystarczającą liczbą dowodów odciążających, powinna przyjąć taktykę opisaną w punkcie 2, pamiętając jednak o możliwości innej ich oceny przez pozostałych uczestników postępowania¹². Jeżeli nie posiada ich w takim zakresie - musi skoncentrować się na wariantach pierwszym, dodatkowo przedstawiając możliwie alternatywne ujęcia poszczególnych okoliczności, które na zasadzie *in dubio pro reo* przyczyni się przynajmniej do zminimalizowania odpowiedzialności karnej. Wreszcie skonfrontowanie wersji oskarżenia i obrony zalecane byłoby w procesach o charakterze poszlakowym, w których brakuje dowodów bezpośrednich, zarówno odciążających, jak i odciążających. Działanie takie miałoby na celu wykazanie, iż w rzeczywistości łańcuch poszlak nie jest domknięty w stopniu uprawniającym do wydania wyroku skazującego¹³.

Wszystkie trzy modele mają jednak do zbadania taktykę prezentacji. Pierwszy jej etap stanowi przedstawienie krótko scharakteryzo-

¹² J.R. Warburg, *Die anwaltliche Praxis in Strafsachen*, Stuttgart-Mainz 1985, s. 65.

¹³ F. Kunigk, *Prozessführung und Strafverteidigung*, Stuttgart-Mainz 1977, s. 194 i nast.

wanego materiału dowodowego. Okoliczności odcięcia powinny być omawiane szczegółowo, niekiedy wręcz z dosłownym przytoczeniem krótkiego fragmentu zeznania, wyjaśnienia czy opinii. Baczniejszą uwagę należałoby położyć na posługiwanie się dokumentami, które - mimo oczywistej swobodnej oceny dowodów - wydają się przynajmniej bardziej konkretne i jednoznaczne niż wypowiedzi. Zalecane byłoby posługiwanie się w pierwszej kolejności dowodami jak najbardziej obiektywnymi (choć oczywiście wszystkie dowody powinny mieć właściwość), tj. nie pochodzących od osób związanych z oskarżonym lub od niego samego, co mogłoby sugerować ich ewentualną, nawet niezamierzoną stronniczość.

W następnym stadium należy odnieść się do istniejących dowodów obciążających, jeżeli dadzą się podważyć. Ich wykorzystanie - oparte na starej zasadzie *retorsio argumenti* - stanowi niekiedy o jakości obrony i nakazane jest przez taktykę.

I tak, jeżeli przy udowadnianiu konkretnego faktu, istnieje możliwość powołania identycznych w skutkach twierdzeń z dowodu obciążającego i odcięcia tego, wówczas należałoby wybrać opcję pierwszą. W ten sposób używa się w sporze dosłownego argumentu oponenta, co po rednio osłabia jego koowe wnioski. Drugim sposobem użycia dowodów obciążających jest wyrażenie wskazywanie ich braków, luk - w tym również przez przytoczenie ich *in extenso* (wszelkiego rodzaju „nie wiem”, „nie widziałem/am”, „nie da się stwierdzić”), czego nie należy się obawiać¹⁴. Ze względu na regułę *in dubio pro reo* wystarczy w tym momencie jedynie zaakcentować nieudowodnienie twierdzenia przez oskarżyciela, chociaż jeżeli możliwe byłoby uprawdopodobnienie twierdzenia sprzecznego, to warto byłoby je przynajmniej rozważyć. Kolejnym metodą stosowaną z powodzeniem jest wykazywanie wewnętrznej sprzeczności w dowodach obciążających. Odnosi się to oczywiście zarówno do pojedynczych, niekoherentnych relacji, jak i sprzeczności pomiędzy różnymi dowodami obciążającymi. Warto przy tym pamiętać, że z logicznego punktu widzenia wskazanie choćby jednego dowodu sprzecznego z pozostałymi i właściwe uzasadnienie go znacznie osłabia wartość pozostałych, które są między sobą zgodne. Zaletą takiego postępowania jest znaczna oszczędność czasu i wysiłków.

Po zaprezentowaniu materiału dowodowego zadaniem obrocy jest stworzenie z jego całości lub części krótkiej jasnej i prawdopodobnej wersji zdarzenia; musi ona podkreślać okoliczności łagodzące lub wyłączać odpowiedzialność karną oskarżonego. Następnie należałoby na

¹⁴ E. Müller, *Strafverteidigung im Überblick*, Heidelberg 1989, s. 117.

podstawie praw logicznych uprawdopodobni lub udowodni przedstawioną hipotezę, lub uwypukli okoliczności zmniejszające prawdopodobieństwo wersji przedstawionej przez stronę przeciwną¹⁵.

Aby działanie to było skuteczne, powinno opierać się na następujących zasadach taktycznych.

W pierwszej kolejności należy podkreślić zalety prostoty zarówno w warstwie retorycznej, jak i logicznej prezentowanych twierdzeń. Podobnie jak przy zadawaniu pytań w trakcie przesłuchania obroca powinien przeprowadzać dowód pojedynczych okoliczności, tj. stopniowo, pojedynczymi zdaniami, z których wyciągnie korzystną konkluzję. Taki sposób postępowania ułatwia zrozumienie wyводу przez sąd, jak również chroni przed ewentualnym ryzykiem błędów dostrzeżonego w ostatniej chwili, który można łatwo usunąć, powstrzymując się od konkretnego stwierdzenia. Nawiasem mówiąc, taka „atomizacja” wypowiedzi jest dobrym sposobem na przygotowanie się do wystąpienia, łatwiej bowiem kontrolować poprawność pojedynczych przesłanek niż zdań opartych na ich kompleksach oraz entymematach. Analogicznie można również osłabiać tezę przeciwnika przez ich analizę i podważanie najbliższej przesłanki pozostającej w koniunkcji z innymi.

Po drugie – należy pamiętać o regułach notoryjności oraz tzw. zdrowego rozsądku, który pod postacią reguł do wiadczenia sędziowskiego jest przecież jedną z przesłanek oceny dowodów. Należy więc jak najczelniej posługiwać się standardem do wiadczenia sędziowskiego jako podstawowym wyznacznikiem logicznej wartości twierdzeń, a więc zarówno unikać nieuzasadnionego prezentowania okoliczności z nim sprzecznych, jak również zwracać uwagę na tak ewentualnie w twierdzeniach prokuratora.

Niekiedy bardzo przydatnym sposobem, choć często zapomnianym, jest posługiwanie się apagogą, czyli przyjmowaniem argumentu przeciwnika za słuszny i łaczenie go z twierdzeniem powszechnie uważanym za prawdziwe; jeżeli wysnuwamy konkluzję wyrażoną w zdaniu sprzecznym z natury rzeczy, bądź z innymi twierdzeniami przeciwnika, to wynika stąd, że pierwotne twierdzenie było błędne¹⁶. Oczywiście można tak postąpić z samym twierdzeniem lub jego implikacją. Warunkiem przekonania sądu jest jednak zademonstrowanie poszczególnych sta-
diod rozumowania, a nie przechodzenie od razu do konkluzji.

Taktyka mowy, co przewijało się do tej pory raczej na marginesie dotychczasowych rozważań, wymaga również umiejętnego posługiwa-

¹⁵ R. Łyczywek, *Przemówienie obrocy w procesie*, „Nowe Prawo” 1959, nr 2, s. 183.

¹⁶ A. Schopenhauer, *Erystyka, czyli sztuka prowadzenia sporów*, tłum. B. Konorski, Ł. Konorska, Kraków 1968, s. 68.

nia si rodkami i figurami retorycznymi. W głównej cz ci mowy (oraz w zako czeniu) obro ca mo e pokaza w pełni swój kunszt krasomówczy, pami taj c wszak, e lepiej jest u y jednego rodka stylistycznego za mało ni za du o. Zbyt kwieciste oracje cz sto i słusnie wywołuj zniecierpliwienie słuchaczy.

Mowa ko cowa powinna mie ywy charakter, jeden z wi kszych grzechów popełnianych w trakcie jej wygłaszania stanowi schematycznie i rutynowo (w tym tak e w warstwie retorycznej). Wi ksze wra enie - mimo oczywistych chropowato ci stylistycznych - wywiera tekst mówiony ni czytany, ze wzgl du m.in. na łatwiejszy i naturalniejszy kontakt z odbiorc . Oczywi cie przydatne, a wr cz konieczne, byłoby wcze niejsze wynotowanie cho by głównych punktów, na których przemówienie si zasada¹⁷, jednak odczytywanie z kartki poszczególnych fraz (o ile nie stanowi one dosłownych cytatów) powoduje raczej spadek ni wzrost zainteresowania.

Za podstawow zasad nale y uzna spontaniczno wyst pienia, który to efekt - zgodnie z zasad mickiewiczowskiej improwizacji - osi ga si po 10-krotnym prze wiczeniu wypowiedzi przed lustrem. Oczywi cie twierdzenie to nale y potraktowa jedynie jako przestroż przed rozwi zaniami wpadaj cymi do głowy w ostatniej chwili. Obro ca wyst puj cy podczas procesu powinien przekonywa do reprezentowanej sprawy swoj postaw , zachowaniem, ale równie j zyktem, którego u ywa. Niepewno , zacinanie si lub powtarzanie wyuczonych formuł-kluczy nie sprawia wra enia szczeroci i wiary w wynik procesu. A skoro w spraw nie wierzy obro ca oskar onego, tym trudniej aby prezentowanej przez niego wersji dał wiar s d. Jest to oczywi cie ogromne uproszczenie, ale warto pami ta , i mimo wszelkich gwarancji ustawowych - na szcz cie! - s d równie pozostaje człowiekiem, a to znaczy, e czasem w sposób istotny oddziaływuj na niego równie czynniki nieracjonalne.

Monotoni wyst pie - nie tylko na salach s dowych, ale np. równie na konferencjach naukowych - pot guje brak u ywania synonimów. Rzecz jasna, tam gdzie mogłyby one by zastosowane, a nie np. przy analizie znamion przest pstw. Tymczasem umiej tne dawkowanie metonimii¹⁸ pozwala wypowied o ywi , jednak wył cznie do rozs dnych

¹⁷ K.A. Günther, *Strafverteidigung*, München 1990, s. 144.

¹⁸ Trop poetycki, którego główne zasady polegaj na wprowadzaniu nowych nazw opartych na ekwiwalencji i wymiennie ci wyrazów bliskoznacznych, np. „podnie r k ” w sensie „uderzy ” (zast pienie skutku przyczyn , dalej jeszcze metaforyzowane), „przyj pod dach” zamiast „przyj do domu” (*pars pro toto*) itp.

granic, tak aby w efekcie nie powstawały niezamierzenie komiczne i niejasne peryfrazy w postaci np. „ociosa toporem zastanowienia”.

Jednym z podstawowych rodków retorycznych zapobiegających monotonii i skłaniających słuchaczy do refleksji jest dialogizm (*sermocinatio*), polegający na przytaczaniu prawdziwych lub fikcyjnych wypowiedzi czy myśli odnoszących się do danego zagadnienia. Stosowanie tej figury nie tylko ożywia mowę, ale również pozwala na spojrzenie na sprawę z wielu perspektyw.

Oczywiście sama monotonia niekiedy może zostać podniesiona do rangi rodka stylistycznego i przybiera postać anafory, która, jak się wydaje, powinna być stosowana w miejscu uznanym przez mówcę za szczególnie istotne. Kilkakrotne powtórzenie konkretnej kwestii wywołuje spodziewane wrażenie, oczywiście o ile chwyt ten nie będzie nadmiernie eksploatowany w trakcie mowy. Podobną rolę spełnia anastrofa, szczególnie w połączeniu z pytaniem retorycznym¹⁹. Również złamanie podstawowego szyku zdania – metateza²⁰ – uwypukla istniejące wątpliwości. Ten ostatni rodek, podobnie jak powiązana z nim epifraza²¹, pozwala na wielokrotne akcentowanie istotnych okoliczności, w tym dla wywołania dramatycznego napięcia, bez powtarzania rodka stylistycznego. Narastanie dramatyzmu zapewniają również cykliczne powtórzenia: anadiploza²² lub epanastrofa²³.

Jedną z naczelnych zasad dobrej mowy naruszoną, jak się wydaje, w poprzednim ustępie jest unikanie długich i skomplikowanych wyrażań, wielu przydawek czy bardzo rozbudowanych dopełnień. Prze-

¹⁹ Anastrofa – odwrócenie szyku, np. „Czy kara ten czyn **si** godzi?”.

²⁰ Por. wypowiedzi: „Powinno być udowodnione, że oskarżony strzelał” i „**e oskarżony strzelał** – powinno być udowodnione”. Metateza bez żadnych dodatkowych efektów dobitnie podkreśla istniejącą wątpliwość.

²¹ Dodanie do pozornie skończonej myśli lub zdania kolejnego kontrastowego członu zmieniającego sens pierwotnego zdania, np. „Oskarżony **jest winny...** ale **tylko wtedy, je li by** t win udowodniłoby mu się ponad wszelką wątpliwość”.

²² Rozpoczynanie nowego zdania jednym z wyrazów używanych na końcu poprzedniego, np. „Ofiara **zbliżyła się w ciemności. Zbliżyła się w ciemności** w niewiadomych zamiarach”.

²³ Powtórzenie tego samego zwrotu na początku i końcu wypowiedzi, przeważnie w taki sposób, że zmienia się jego sens, np. „**wiadek kategorycznie rozpoznał oskarżonego podczas okazania**. Czynność ta prowadzona była w ciemnym pomieszczeniu, o wietlonym jedynie skąpym światłem jarzeniówki, na dodatek oskarżony wprowadzony był do pokoju przez korytarz, w którym siedział rozpoznający. Widział go najpierw w kajdankach, potem w paradzie identyfikacyjnej, która dobrana była w całkowitej niezgodzie z zasadami tej czynności. **wiadek kategorycznie rozpoznał oskarżonego podczas okazania**”.

wa nie bardziej zaciemniaj one obraz oraz przeszkadzaj w koncentrowaniu uwagi (napięcia) odbiorcy. Obroca musi jednak pamiętać, że napięcia nie da się utrzymywać na niezmiennym poziomie podczas całej mowy i w związku z tym dobrze jest pozwolić mu opaść w sposób kontrolowany lub wręcz wywołać ten spadek, posługując się humorem.

Oczywiście humor ten musi być odpowiednio wyważony, gdy artysta nie w porę potrafi zniwelować tworzony nastrój, podczas gdy jego właściwym zadaniem jest spowodowanie chwilowej przerwy w rozważaniach, po to aby w rzeczywistości koncentracja i napięcie mogły dalej narastać. Najwłaściwszym obiektem artów na sali sądowej i najbezpieczniejszym ze względów taktycznych jest oczywiście sam mówiący. Autoironia pozwala z jednej strony na uzyskanie przychylności słuchaczy, redukuje napięcie oraz nie godzi w dobra osobiste innych osób. Wobec ich wypowiedzi dopuszczalne wydają się komentarze nawet sarkastyczne²⁴, byleby nieprzekraczały granic złowliwej kpiny. Warto wszak zauważyć, że poprzedzenie ich artowatymi uwagami pod własnym adresem nie umniejsza przesłania merytorycznego, lecz zdecydowanie sprzyja wywołaniu osobistych reakcji. Najwłaściwszym byłoby opieranie się na humorze słownym, czysto z wykorzystaniem paronomazji²⁵, z tym że oczywiście efekty komiczne nie powinny być nadmiernie mnożone, gdyż wówczas mowa obrocy przestaje pełnić swoją właściwą funkcję, a zaczyna przypominać występ artystyczny. Nieco inne standardy, znane głównie z anegdotów dowodowych, mogą być zastosowane w sprawach z oskarżenia prywatnego, zwłaszcza wobec oskarżycieli o tendencjach do pieniactwa, co rzecz jasna nie oznacza przyzwolenia na ich niepowołane traktowanie.

Warto niejako na marginesie zwrócić uwagę na jeszcze jedną funkcję humoru, która by może bezpośrednio z mowskimi dowodami nie wiąże się, jednak pełni bardzo istotną rolę. Chodzi tu o sprawy, w których ujawniane są bardzo drastyczne zeznania, zarówno obciążające, jak i odciające oskarżonego. Odpowiednio, w sposób bardzo wyważony zastosowany humor (oczywiście dopiero po zakończeniu wypowiedzi) pozwala na swoiste odreagowanie oraz odnalezienie przez wszystkich uczestników właściwej perspektywy, czyli „powrót do ról procesowych”, z których mogli zostać wytrąceni przez zetknięcie z ekstremalnymi przypadkami.

²⁴ H. Dahs, *Handbuch des Strafverteidigers*, Köln 1999, s. 492.

²⁵ Gry słów, polegające na zestawieniu podobnie brzmiących wyrazów, zarówno wspólnych pod względem etymologicznym, jak i o różnych rodłosłowach - w celu zasugerowania imiennych znaczeniowych lub osignięcia efektu komicznego, np. „wiadek o wiadczył, i wiadomie kontaktów z półwiatkiem nie nawiązywał” lub „Może byłoby w to uwierzyć - oczywiście w dobrej wierze”, albo „Z dowodów wynika nie to, że X zakradł się i ukradł, a jedynie, że siłą ukradkiem skradął”.

Szczególnie istotne w treści głównej mowy, jak również w innych wystąpieniach obrotowych, są zachowania niewerbalne - przede wszystkim stonowane, choć precyzyjnie dobrane gesty. Zachowania niewerbalne przekazują istotne informacje na temat treści wypowiedzi danej osoby i mogą stanowić dodatkowy czynnik uwiarygadniający lub zmniejszający siłę przekonywania konkretnej osoby. Jako przykłady należy wymienić takie gesty wskazujące na niepewność lub zaniepokojenie jak: splecenie do wewnątrz palców, opuszczenie i zaciśnięcie dłoni, splecenie rąk lub nóg (w pozycji siedzącej), drapanie się po głowie, kiwanie stopami czy wreszcie mogące naprowadzać na ukrywanie pewnych treści w trakcie wypowiedzi: podpieranie głowy dłonią i układanie palców na wargach czy nosie. Z drugiej strony gesty otwartości, np. operowanie otwartą dłonią z przywiedzionymi do siebie palcami, stanowi dodatkowe, często podświadomie działające argumenty²⁶.

Byłoby jednak uciążliwe, gdyby istniał jakiś repertuar rodków, którego opanowanie zapewniłoby skuteczną argumentację. Oczywiście, osoby obdarzone naturalnym talentem na ładowniczym bądź skutecznym, i może nawet instynktownie, przyswajają sobie i z powodzeniem stosują zachowania innych (dużą rolę oddaje tu obserwacja patroń), jednak należałoby przestrzegać przed nienaturalnym odtwarzaniem zachowań. Gest, podobnie zresztą jak rodki wypowiedzi, musi wywodzić się ze stylu danej osoby, a podkreślać treść wypowiedzi - dodatkowo do niej przekonuje.

Dlatego właśnie z gestykulacji nie należy rezygnować ani jej powstrzymywać ponad rozsądny miarę. Pierwszym krokiem w procesie koordynowania własnych zachowań powinna być autoobserwacja, jak również przyglądanie się zachowaniom innych. Szczególnie dobre efekty dają rejestracja wystąpienia na taśmie wideo lub przynajmniej audio i kilkakrotne przeledzenie całej wypowiedzi z analizą popełnionych błędów. Jest to, oczywiście, trudne - głównie ze względów technicznych - choć i opory psychologiczne mogą w tej materii odgrywać niemałą rolę, ponieważ z reguły większość mówców jest przekonana o tym, iż jeśli w ogóle popełnia błędy, to są one minimalne.

Istotną rolę spełnia również kontakt wzrokowy, stanowiący w gruncie rzeczy wyzwanie (w zachowaniach zwierzęcych to poprzedzający atak) i m.in. dlatego w subkulturze więziennej uważany za zachowanie agresywne. Z tych względów kontakt zbyt intensywny zaczyna być odbierany przez słuchacza jako napastliwy, jednak gdy jest stosowany z umiarem pozwala utrzymywać adresatów mowy we właściwym skupieniu

²⁶ F. Haft, *Juristische Rhetorik*, Freiburg-München 1985, s. 170.

i napi ciu. Brak kontaktu wzrokowego, nerwowe zagl danie w akta, poprawianie okularów i rozgl danie si po sali stwarza wra enie niepewno ci i nie przyczynia si do uwiarygodnienia twierdze prezentowanych przez adwokata. Podobn funkcj spełnia równie dystans pomi dzy adresatem a mówi cym, który zbyt bliski, zwł szcza na wprost, mo e wywoływa nie wiadome reakcje obronne²⁷.

Podsumowanie

Zako czenie mowy obro czej równie podlega pewnym zasadom retorycznym, które mog by niekiedy naruszone, o ile nakazywałyby tak taktyka post powania²⁸. Zako czenie ma za zadanie wywrze na składzie s dz cym konkretne wra enie i w momencie doprowadzenia do tego napi cia psychicznego obro ca winien niezwłocznie zako czy swoje wyst pienie. Z oczywistych wzgl dów nie da si sformułowa zasad pozwalaj cych w sposób obiektywny okre li ten punkt w czasie, zale y on przede wszystkim od wyników obserwacji adresatów wypowiedzi w czasie przemawiania.

Nie nale y zapomina , e zako czenie powinno by jedno, a mówcy nie wolno kilkakrotnie wywiera na słuchaczach wra enia, e zbli a si do ko ca mowy, gdy najdalej przy trzecim „podej ciu” odczuj oni znu enie lub zniecierpliwienie, a istotne wnioski mog umkn ich uwagi.

Równie w podsumowaniu obowi zuje zasada wła ciwego rozło enia akcentów. Konieczne wydaje si eskalowanie zarówno napi cia, jak i argumentów. Rozpoczynanie w podsumowaniu od najsilniejszych kontrtez nara a na ryzyko, i nie zostan one w pami ci słuchaczy lub przynajmniej zostan przysłoni te pó niejszymi twierdzeniami.

Obro ca, który widzi, e doprowadza do przesilenia, powinien w tym momencie zrobi krótk pauz . Jest to czas niezbdny do prawidłowego zrozumienia tre ci mowy, do u wiadomienia sobie przez skład orzekaj cy, e oto wła nie zako czyła si wypowied obro cy, po której pozostaje ju tylko ostatni głos oskar onego. Warto wykorzysta ten efekt swoistej bezwładno ci, dzi ki któremu słowa maj szans zapa w pami s dziom. Jest to moment kontaktu psychicznego ze składem orzekaj cym, z którego przebiegu mo na wnioskowa nawet o kształcie dalszego post powania.

²⁷ Co niekiedy mo na byłoby wykorzysta jako rodek nacisku, na np. nieszczerze zeznaj cych wiadków obci aj cych, do których mo na byłoby po prostu podej i zadawa pytania z bli szej odległo ci.

²⁸ R. Łyczywek, *Zako czenia mów s dowych*, „Prawo i ycie” 1957, nr 12, s. 8.

Po tej krótkiej przerwie obroca powinien, jeżeli zamierza to uczynić, przedstawić w sposób stonowany, tj. wystrzegając się ozdobników, swoje zdanie dotyczące rozstrzygnięcia. Może być ono ukonkretyzowane (np. uniewinnienie, wymierzenie najniższej z możliwych kar, wymierzenie kary w zawieszeniu, lecz także w sposób negatywny: wniosek o niepozbawianie np. prawa jazdy itp.) lub jedynie w sposób ogólny określający stanowisko (łagodny wymiar kary, właściwy i pełny osąd itd.). Oczywiście zdanie to musi być spójne z treścią wcześniejszej mowy, co nie przeszkadza w ewentualnym sformułowaniu go w sposób alternatywny. Szczególnym przypadkiem potrzeby zdania alternatywnego wydaje się sytuacja, w której oskarżony nalega np. na uniewinnienie, podczas kiedy, zdaniem obrocy, jest to nierealne, co wicej – prezentowanie takiej linii mogłoby w efekcie przynieść klientowi więcej szkody niż pożytku.

Warto na koniec wspomnieć problem czasu trwania przemówienia. Starsze publikacje sugerują dłuższe wystąpienia, jednak nieprzekraczające 90 minut²⁹. Obecnie warto natomiast by zakwestionować. Współczesne źródła amerykańskie proponują trzymanie się granicy ok. 30-40 minut, co wydaje się rozsądnym zaleceniem³⁰. Wprawdzie wartości mowy nie mierzy się jej objętością, lecz wystąpienia ponadgodzinne łatwo zaczynają nużyć słuchających i byłyby uzasadnione jedynie w rzeczach bardzo skomplikowanych, wielotkowych sprawach.

Taktyka ostatniego słowa

W relacjach prasowych z procesów bardzo często i szczegółowo opisywane są wypowiedzi i zachowania oskarżonych przed udaniem się do sądu na rozprawę. Prawdopodobnie przyczyną tego faktu jest przekonanie o dużym wpływie tej instytucji na kształt wyroku. Jednocześnie praktyka – Emar Müller stwierdza sceptycznie, że nie zdarzyło mu się w 35-letniej praktyce zawodowej natknąć się na przypadek, w którym ostatnie słowo oskarżonego reprezentowanego przez adwokata miało przełomowe znaczenie dla sprawy³¹. Wniosek ten współgra ze stanowiskiem doktryny niemieckiej, która do dziś nie zaleca, aby ostatnie słowo oskarżonego ograniczało się do stwierdzenia: „Przyłaczam się do wypowiedzi mojego obrocy”. Czy zatem instytucja ta ma istotne czy tylko marginalne znaczenie?

²⁹ *Idem*, *O gadulstwie, szczególnie sądowym*, „Prawo i życie” 1957, nr 25, s. 8.

³⁰ M.R. Fonham, *Trial Technique and Evidence*, Charlottesville (VA) 1995, s. 465.

³¹ E. Müller, *Strafverteidigung...*, *op. cit.*, s. 124.

Prawda, jak się wydaje, tkwi po rodku. Wspominano bowiem już wcześniej, że włą ciwie jeszcze przed głosami stron się ma czy ciowo ukształtowany pogląd na sprawę, który wskutek wystąpienia prokuratora i obrocy może się nieco, ale tylko nieco, zmienić. Sędzi obserwuje oskarżonego przez całą rozprawę, wyrabiając sobie zdanie również co do jego okoliczności i warunków osobistych, które brałby pod uwagę przy wymiarze kary. Trudno więc oczekiwać, aby pojedyncze wystąpienie mogło w sposób istotny zachwiać mniemaniem ukształtowanym na podstawie niekiedy do długotrwałej obserwacji. Z drugiej jednak strony postawa klienta w ostatniej fazie rozprawy stanowi prawdopodobnie jedno z najlepiej zachowanych wspomnień członków składu orzekającego, ze względu na bliskość czasów. Zachowanie oskarżonego - obojętne, czy wyrażające cęgo skrucz czy do końca zaprzeczające cęgo swojemu sprawstwu lub winie - może do silnie oddziaływać na emocje sędziów, wpływając przecie w jakim stopniu na podejmowanie decyzji. Z tego względu nie jest zupełnie obojętne, jak będzie ono wyglądać.

Podobnie jak w wielu poprzednio cytowanych przypadkach nie ma uniwersalnych recept na idealne zachowanie się oskarżonego, zależące przecie w dużej mierze od okoliczności sprawy. Właściwsze wydaje się scharakteryzowanie taktyki ostatniego słowa przez wskazanie sytuacji, których należałoby się wystrzegać. Przede wszystkim niepołączony byłby dysonans we wnioskach co do winy między stanowiskami obrocy a oskarżonego, szczególnie jeżeli adwokat wnosi o uniewinnienie, a klient o łagodny wymiar kary, albo pierwszy wnioskuje o łagodne potraktowanie, natomiast drugi zaczyna wypierać się winy lub wręcz atakuje świadków obciających³². Twierdzenie to wydaje się prostsze w teorii, jednak jego praktyczną realizację utrudnia skomplikowana sytuacja psychologiczna, w jakiej klient się znajduje. Obroca nie ma oczywiście wpływu na końcowe emocje oskarżonego, lecz wydaje się, że niezbędnymi byłoby jego wcześniejsze poinstruowanie przynajmniej o wspomnianej zasadzie i przynajmniej podjęcie próby zgrania wzajemnej strategii.

Ostatnie słowo oskarżonego posiadającego cęgo obrocy nie powinno być zbyt długie i w zasadzie nie musi się odnosić do okoliczności faktycznych ani prawnych zdarzenia, które powinny być przedmiotem mowy obrocy³³. Oskarżony mógłby skoncentrować się na zagadnieniach związanych ze stronami podmiotów zdarzenia, tj. ukazać motywy swojego działania, lub - jeżeli stanowiłyby one niskie pobudki - pominąć

³² H. Dahs, *Handbuch...*, op. cit., s. 497.

³³ J.R. Warburg, *Die anwaltliche...*, op. cit., s. 67.

je, wyrażając skruch, przepraszać pokrzywdzonego, zobowiązuje się do ewentualnego pokrycia strat itp. Klient może i powinien odnieść się do kwestii ewentualnej kary, prosząc o uniewinnienie albo łagodne potraktowanie. Jest to prawem oskarżonego - w przeciwnym razie do jego obrotu - domaganie się sankcji, w tym również surowej, jednak nie powinno to nastąpić w sytuacji, kiedy adwokat wnosi o uniewinnienie lub o umorzenie postępowania.

Życzę Panu Profesorowi wielu dalszych sukcesów w działalności tak naukowej, jak i obrotowej, szczerze licząc na to, że jeszcze przez wiele lat będzie miał szansę oraz przyjemność słuchać i czytać Jego słowa.

Mieczysław Goc

Postęp w kryminalistycznych badaniach dokumentów - przebieg nowych metod i technik badawczych

Wprowadzenie

W ostatnich latach zostały opracowane i wdrożone do praktyki kryminalistycznej nowe metody, techniki i narzędzia wykorzystywane w badaniach dokumentów, nie tylko w obszarze zarezerwowanym dla technicznej ekspertyzy dokumentów, ale także dla jej działu umownie nazywanego klasyczną ekspertyzą dokumentów lub ekspertyzą pismoznawczą. Nie wdając się w rozważania na temat zakresu znaczeniowego tych pojęć, warto zauważyć, że obecnie, w dobie powszechnej technizacji i komputeryzacji, obszary te czują się przenikające, a nowoczesne techniki badawcze wchodzą m.in. w zakres grafometrii i skanografii komputerowej¹ oraz nowatorskie metody instrumentalne do analizy niektórych cech pisma (oceny kolejności zapisów i badania następstwa znaków, ich oryginalności i jednorodności ujętych w rodzki kryjących czy te oceny znamion nieautentyczności zapisów rękocznych) stanowi

¹ Szerzej na ten temat m.in. A. Łuszczuk, K. Łuszczuk, *Skanografia a. Komputerowa, barwometryczna analiza pisma rękoczego*, [w:] *Znaczenie aktualnych metod badań dokumentów w dowodzeniu sądowym*, Materiały XIV Wrocławskiego Sympozjum Badań Pisma, Wrocław 2010, red. Z. Kegel, R. Cieła, Wrocław 2012, s. 225-234; *idem*, *Grafometria komputerowa*, [w:] *Co nowego w kryminalistyce - przegląd zagadnień z zakresu zwalczania przestępstw*, red. E. Gruza, M. Goc, T. Tomaszewski, Warszawa 2010, s. 217-228; A. Łuszczuk, M. Goc, K. Łuszczuk, *Współczynnik zagrożenia Ryszarda Soszalskiego a grafometria*, [w:] *Dokument i jego badania*, red. R. Cieła, Wrocław 2014, s. 243-247.

nierzadko element ekspertyzy pismoznawczej lub ekspertyzy kompleksowej z zakresu kryminalistycznych badań dokumentów. Instrumentalizacja i komputeryzacja metod badawczych stwarza korzystne perspektywy rozwoju ekspertyzy pismoznawczej, której - jako opartej głównie na metodach jakościowych, a nie ilościowych - zarzuca się często niedostatek obiektywizmu, a niektórzy przedstawiciele nauki kryminalistyki idą nawet dalej, zarzucając jej brak podstaw naukowych². Specyfika pisma rękownego, a zwłaszcza jego względna stabilność i niemożność wytworzenia dokładnie takiego samego wytworu pisarskiego przez tego samego wykonawcę³, utrudnia w oczywisty sposób możliwości stosowania bezwzględnych pomiarów w analizie identyfikacyjnej, a to z kolei przekłada się na ograniczone możliwości wykorzystania metod ilościowych, które cechuje największy obiektywizm badawczy. Nowe techniki badawcze, a przede wszystkim możliwości zastosowania narzędzi informatycznych i nowoczesnych technik instrumentalnych, otwierają nowe perspektywy przed tym rodzajem ekspertyzy.

Tematyce tej poświęcone jest niniejsze opracowanie, oparte w znacznej części na badaniach i eksperymentach badawczych prowadzonych zarówno w ramach projektów rozwojowych realizowanych z udziałem Instytutu Kryminalistyki Polskiego Towarzystwa Kryminalistycznego

² J. Konieczny, *Kryzys czy zmiana paradygmatu kryminalistyki?*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 1, s. 11-12; *idem*, *Przeciwko kryminalistycznej identyfikacji indywidualnej*, „Problemy Współczesnej Kryminalistyki” 2014, t. 18, s. 51.

³ Z kryminalistycznego punktu widzenia specyfika pisma rękownego wynika z jego dwóch pozornie sprzecznych właściwości; pierwsza klasyfikuje pismo rękowne jako osobniczo zindywidualizowany ład psychofizyczny człowieka, odzwierciedlający jego nawyki graficzne, które pozwalają na bezpośrednią identyfikację pisma tego na podstawie charakterystyki wewnątrzosobniczego (intraindywidualnego) odruchu pisarskiego; druga natomiast dostrzega w piśmie jego zmienny charakter, co oznacza niemożność wytworzenia dokładnie takiego samego wytworu pisarskiego przez tego samego wykonawcę ani tym bardziej przez różne osoby (interindywidualność pisma). Wspomniane właściwości pisma rękownego pod względem identyfikacyjnym stanowią zarówno jego zaletę, jak i słabość. Indywidualność osobnicza pisma umożliwia jego identyfikację, lecz jego względna stabilność (czasami wręcz niestabilność) utrudnia ten proces, gdy nie ma cech (brak powtarzalności identycznego grafizmu w piśmie tej samej osoby) mogących ograniczyć możliwości wskazania wykonawcy na podstawie jego grafizmu wzorcowego; por. L. Michel, *Gerichtliche Schriftvergleichung. Eine Einführung in Grundlagen, Methoden und Praxis*, Berlin-New York 1982, s. 27; T. Widła, *Ekspertyza pismoznawcza jako dowód naukowy*, [w:] *Nauka wobec przestępstwa. Księga ku czci Profesora Tadeusza Hanauska*, red. J. Błachut, M. Szewczyk, J. Wójcikiewicz, Kraków 2001, s. 100.

(PTK)⁴, jak i w trakcie bieżącej działalności opiniodawczej tej instytucji oraz autora niniejszego opracowania.

Wykorzystanie programów komputerowych w badaniach pisma ręcznego

W Polsce najszerszą propozycją adaptacji technik komputerowych do potrzeb ekspertyzy pismoznawczej stanowi przedsięwzięcia naukowe podjęte z inicjatywy PTK i zrealizowane wspólnie z Uniwersytetem Warszawskim oraz Centralnym Laboratorium Kryminalistycznym Policji - Instytutem Badawczym. W ramach dwóch projektów rozwojowych opracowano pakiety programów do analizy pisma ręcznego, pod umownymi nazwami Globalgraf I i Globalgraf II⁵. Zastosowanie nowych technik badawczych z zakresu grafometrii i skanografii komputerowej w badaniach identyfikacyjnych pisma stworzyło możliwości wykorzystania nowych parametrów metrycznych w ekspertyzie pismoznawczej oraz użycia parametrów już znanych, lecz ze względów praktycznych nie stosowanych lub stosowanych incydentalnie, a takie - co jest absolutnym *novum* - parametryzacją cech motorycznych pisma (naciskowość, rozkład cieniowania).

W skład pakietu Globalgraf I wchodzi programy Grafotyp, Raygraf, Kinegraf i Scangraf⁶.

Grafotyp jest programem do oceny poziomu zgodności takich cech strukturalnych i wielkościowych pisma, jak:

- współczynnik kształtu (Wk), który wyraża iloraz pola powierzchni wieloboku będącego „obrysem” obszaru wybranej do analizy prób-

⁴ Do 31 sierpnia 2016 r. Centrum Badawczo-Szkoleniowe Polskiego Towarzystwa Kryminalistycznego sp. z o.o.

⁵ Realizację projektu rozwojowego *Opracowanie metodyki i programów oraz zbudowanie stanowiska do badań identyfikacyjnych pisma i podpisów przy wykorzystaniu grafometrii komputerowej* finansowanego przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego rozpoczęto w lipcu 2009 r. Projekt był wspólnym przedsięwzięciem naukowo-badawczym Katedry Kryminalistyki Uniwersytetu Warszawskiego i Centrum Badawczo-Szkoleniowego Polskiego Towarzystwa Kryminalistycznego (obecnie Instytut Kryminalistyki PTK). Zestaw programów komputerowych opracowanych w ramach tego projektu otrzymał nazwę Globalgraf I. W latach 2013-2016 dzięki funduszom Narodowego Centrum Badań i Rozwoju zrealizowano drugi projekt rozwojowy nr DOBR-BIO4/038/13297/2013 *Pomiarowe narzędzia wspomagające analizę pisma ręcznego i podpisów*, w efekcie którego opracowano kolejny, jeszcze bardziej zaawansowany technologicznie pakiet programów komputerowych do analizy porównawczej cech pisma ręcznego Globalgraf II.

⁶ M. Goc, *Współczesny model ekspertyzy pismoznawczej. Wykorzystanie nowych metod i technik badawczych*, Warszawa-Szczecin 2016, s. 245-287.

ki (materiału dowodowego i porównawczego, np. członu podpisu) przez kwadrat obwodu tego wieloboku;

- proporcje wielko ciowe (Pw) określone jako iloraz długości dwóch wybranych odcinków w zestawianych próbkach „A” i „B” (poziomych, pionowych lub ukośnych) wyznaczonych przez eksperta według tych samych kryteriów;
- grafotyp (G), który stanowi strukturalną właściwość pisma określona matematycznie jako iloczyn współczynnika kształtu (Wk) i proporcji wielko ciowej (Pw).

Wyniki analiz wybranych parametrów strukturalnych mogą zostać poddane weryfikacji statystycznej przy użyciu testu kwantylowego⁷.

Drugi z wymienionych programów (Raygraf) umożliwia z kolei analizę takich parametrów graficznych, jak: długość odcinków linii graficznej na podstawie współczynnika podobieństwa liniowego (Wpl), nachylenia elementów graficznych na podstawie współczynnika podobieństwa kątowego (Wpk), gęstość pisma przez wyliczenie współczynnika gęstości morfemowej i literowej (Wgm, Wgl) oraz gęstość impulsu pisma przez wyliczenie współczynnika impulsu (Wimp). Ten ostatni parametr określa iloraz szerokości całkowitej próbki przez iloczyn sumy szerokości odstępow między jej elementami graficznymi i liczby tych odstępow.

Program Kinegraf umożliwia natomiast ocenę zgodnie z próbką pisma na podstawie wielko ciowego współczynnika podobieństwa kinetyczno-geometrycznego (WPKG). W metodzie WPKG przyjmuje się, że linia graficzna pisma rzeczywistego składa się z elementów prostych i łukowych. W procesie pisania wyróżniono 10 kierunków kreślenia, którym na podstawie stwierdzonej empirycznie częstotliwości występowania tych kierunków nadano wartości liczbowe od 0,1 do 1,0 (im mniejsza wartość liczbową, tym częstsze występowanie danego kierunku kreślenia). W porównywanych próbkach wyznacza się elementy proste i łukowe, którym w zależności od ich długości oraz kierunku kreślenia program przypisuje określone wartości liczbowe (New). Na podstawie tych wartości program określa liczbę elementów wspólnych oraz określa liczbę wszystkich elementów poddanych badaniu (Nwe). Wskaźnik podobieństwa kinetyczno-geometrycznego to iloraz tych wartości wyrażony procentowo: $WPKG = 100 \times \text{New}/\text{Nwe} [\%]$.

Natomiast program Scangraf umożliwia wizualizację motorycznych cech pisma. Jego algorytm opiera się na założeniu, że zjawisko cieniowania linii graficznej charakteryzujące pismo rzeczywiste jest wynikiem zmieniającej się w trakcie pisania siły nacisku rodzka piszącego na

⁷ Według: Cz. Domański, K. Pruska, *Nieklasyczne metody statystyczne*, Warszawa 2000, s. 204-206 i 212-213.

podłoże, powodujące w miejscach o większym nacisku intensywniejsze (ciemniejsze) nasycenie linii pisma materiałem kryjącym, a w miejscach o mniejszym nacisku słabsze nasycenie. Działanie programu polega na wyeksponowaniu w trakcie komputerowej analizy barwometrycznej (transformacji próbek) miejsc najciemniejszych (lub najjaśniejszych w obrazie negatywowym). Zestawienie porównawcze próbek grafizmu dowodowego i wzorcowego, poddanych procesowi transformacji, czyli sukcesywnemu usuwaniu fragmentów linii najmniej zabarwionych (kolor rodka pisma tego nie ma wpływu na proces analizy), umożliwia ocenę poziomu zgodności rozmieszczenia cieniowania linii pisma.



Ryc. 1. Przykład analizy komputerowej podpisów wykonanej przy użyciu programu Grafotip

W toku dalszych prac nad wykorzystaniem narzędzi informatycznych w badaniach pisma ręcznego w ramach projektu rozwojowego *Pomiarowe narzędzia wspomagające analizę pisma ręcznego i podpisów* finansowanego przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju opracowano drugi pakiet programów komputerowych Globalgraf II⁸, wykorzystujących elementy grafometrii i skanografii komputerowej w procesie identyfikacji pisma ręcznego. Stworzono cztery aplikacje komputerowe do badań zapisów ręcznych (pisma i podpisów). Są to programy: Liniograf, Centrograf, Barwoskan i Profiloskan.

⁸ Cyt. projekt rozwojowy nr DOBR-BIO4/038/13297/2013 został zrealizowany przez konsorcjum naukowe utworzone przez Uniwersytet Warszawski (lider projektu), Centralne Laboratorium Kryminalistyczne Policji oraz Instytut Kryminalistyki Polskiego Towarzystwa Kryminalistycznego sp. z o.o. (dawne Centrum Badań i Szkoleń PTK sp. z o.o.) w okresie 36 miesięcy, czyli od 23 grudnia 2013 r. do 22 grudnia 2016 r.

Program Liniograf służy do badania zgodności próbek metod pomiaru długości linii graficznych tworzących analizowany zapis, z wykorzystaniem tzw. współczynnika g sto ci pisma, który odzwierciedla swoisty charakter relacji faktycznej długości linii tworzącej dany zapis do szerokości tego zapisu. Iloraz tych wartości określa tzw. współczynnik zagęszczenia pisma⁹. Program umożliwia analizę próbek jedno- i wieloimpulsowych. W przypadku próbek wieloimpulsowych wprowadzono do analizy porównawczej dwa nowe parametry: impuls jednostkowy oraz impuls całkowity. Pomiaru dokonuje się, prowadząc kursor myszy lub pisak (rysik) tabletu po liniach graficznych badanej próbki. Równocześnie z pomiarem długości linii graficznej następuje pomiar długości jej rzutu poziomego „S”, czyli szerokości badanego elementu graficznego. Iloraz $Wg = L/S$ jest tzw. współczynnikiem g sto ci, wielkością charakterystyczną dla danej próbki, umożliwiającą badania porównawcze.

Program Centrograf służy do badania zgodności próbek przez porównanie tzw. linii rodkowych. Linia rodkowa to nowy parametr analityczny pisma o wysokim stopniu swoistości i stabilności osobniczej. Przy czym istotne jest, że jest to parametr pozostający poza wpływem czynników wolicjonalnych. Metoda linii rodkowej polega na wyznaczeniu czworoboków na elementach graficznych badanych próbek zapisów według zasady znanej w metodzie projekcji geometrycznej Brossona polegającej na wyznaczeniu w tych elementach po 4 punkty gabarytowe w kolejności: lewy, górny, prawy i dolny. Zaleca się wyznaczenie punktów gabarytowych w miejscach najbardziej wysuniętych. Wytko-wo dopuszcza się inne punkty, z zachowaniem warunku analogicznego wyznaczenia tych punktów w obu porównywanych próbkach. Program wykreśla przekroje tak wyznaczonych czworoboków oraz wyznacza punkty ich przecięcia. Wyznaczanie linii rodkowej polega na połączeniu przez program punktów przecięcia przekrojnych czworoboków opisanych na elementach tworzących badany zespół graficzny (litery,

⁹ W programie tym wykorzystano założenia metody opracowanej w latach 70. ubiegłego wieku przez Ryszarda Soszalskiego. Metoda ta polegała na pomiarze długości linii graficznej (oznaczenie autora „Dc”) badanej próbki pisma rącznego i całkowitej szerokości próbki (rzutu poziomego linii graficznej - oznaczenie autora „Do”). Iloraz tych dwóch wielkości, oznaczony przez autora jako „G”, jest współczynnikiem zagęszczenia (g sto ci) badanej próbki pisma. Współczynnik ten ma, według autora, „szczególnie swoisty charakter, o wysokiej wartości identyfikacyjnej”; por. R. Soszalski, *Mierzalność liniowa jako jedno z kryteriów identyfikacji podpisów podrobionych*, „Problemy Kryminalistyki” 1979, nr 137, s. 72-81; *idem*, *Linia pisma rącznego jako struktura*, „Problemy Kryminalistyki” 1983, nr 162, s. 581-588; zob. także: A. Łuszczuk, M. Goc, K. Łuszczuk, *Współczynnik zagęszczenia...*, *op. cit.*, s. 243-247.

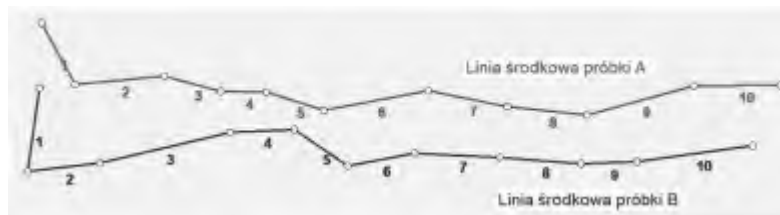
cyfry, sylaby, dwuznaki itp.). Powstaje w ten sposób łamana linia rodkowa, charakterystyczna dla nawyków graficznych pisańca. Porównanie linii rodkowych w badanych próbkach ułatwia ekspertowi podjęcie decyzji o potwierdzeniu lub zakwestionowaniu ich zgodności wykonawczej. Program Centrograf umożliwia wizualne porównanie linii rodkowych przez ich nałożenie na siebie oraz matematyczne porównanie parametrów linii rodkowych; możliwa jest także weryfikacja statystyczna z wykorzystaniem korelacji rangowej.



Podpis autentyczny



Podpis podrobiony



Ryc. 2. Przykład analizy komputerowej podpisów wykonanej przy użyciu programu Centrograf (widoczne rozbieżności i liniowe linii rodkowych)

Program Barwoskan jest przeznaczony do barwometrycznej analizy rodków kryjących. Metoda barwometryczna zakłada, że intensywno nasycenia barwnikiem (rodkiem kryjącym) linii graficznej badanego zapisu rzetelnie odzwierciedla siłę nacisku narzędzia pisarskiego na podłoże w trakcie pisania. Program bada skład mapy bitowej, która jest próbka tekstu (podpisu) i wydziela z niej piksele wchodzące w skład linii graficznej. Aby dokonać takiego wydzielenia, algorytm programu zakłada, że każdy biały piksel bitmapy próbki jest pikselem tła, natomiast każdy piksel „nie biały” zostaje zaliczony w skład linii graficznej. Takie założenie wymaga odpowiedniego przygotowania próbek do badania.

„Czyszczenie ” próbek i nadawanie im po danego, białego tła mo na przeprowadzi w ka dym zaawansowanym edytorze graficznym, takim jak: Photoshop, Gimp, Corel Draw, Paint, Edytor itp. Zaliczone w skład linii graficznej piksele, na podstawie ich redniego RGB, s klasyfikowane do trzech kategorii nasycenia barw , obrazuj cych zarazem trzy kategorie siły nacisku: nacisk du y, nacisk redni i nacisk mały. Kategorie nacisku s charakteryzowane liczbowo przez okre lenie bezwzgl dnej liczby pikseli okre laj cych poszczególne kategorie nacisku oraz przez okre lenie ich procentowego udziału w linii graficznej. W rezultacie uzyskujemy informacj , jaki procent linii graficznej stanowi nacisk du y, redni i mały. Matematyczne porównanie wyników procentowych obu próbek jest dla eksperta istotn wskazówk w analizie zgodno ci nacisku (cieniowania) w badanych zapisach. Program ponadto barwnie wizualizuje usytuowanie stref nacisku, zaznaczaj c stref nacisku du ego kolorem ciemnoszarym, stref nacisku redniego kolorem ółym a stref nacisku małego kolorem bł kitnym, co pozwala na porównanie lokalizacji poszczególnych stref nacisku w badanych próbkach.

Korelacja rangowa długo ci odcinków linii					Korelacja rangowa i nachylenia od				
Próbka A					Próbka B				
Lp	Procentowe udziały długo ci odcinków w całkowitej długo ci linii. rangowej i ich rangi		Procentowe udziały długo ci odcinków w całkowitej długo ci linii. rangowej i ich rangi		Lp	K ty nachylenia odcinków linii. rangowej (w radianach) i ich rangi		K ty nachylenia odcinków linii. rangowej (w radianach) i ich rangi	
	udział A(±0.1%)	ranga	udział B(±0.1%)	ranga		alfa	ranga	beta	ranga
1	8,8%	1	10,2%	3,8	1	0,21	5	0,55	2
2	11,2%	2	5,8%	6	2	0,09	8	0,12	6
3	7,4%	8	18,1%	1	3	0,02	3	0,23	3
4	5,8%	10	7,8%	8,8	4	0,01	9,5	0,018	5
5	7,8%	8	7,8%	8,8	5	0,98	4	0,68	1
6	13,2%	2	9,2%	7	6	0,19	7	0,18	4
7	10,2%	3,8	10,2%	3,8	7	0,082		0,018	5
8	10,2%	3,8	9,8%	5	8	0,181		0,018	5
9	18,1%	1	8,8%	10	9	0,27	6	0,018	5
10	11,0%	4	18,2%	2	10	0,01	9,5	0,14	5

Weryfikacja współczynnika R przy $\alpha=0.05$ i $N=10$			Weryfikacja współczynnika R przy $\alpha=0.05$ i $N=10$		
R = -0,224	R > Rkr nieistotny	Rkr = 0,564	R = 0,048	R < Rkr nieistotny	Rkr = 0,564
Wynik analizy korelacyjnej:					
WERYFIKACJA NEGATYWNA					

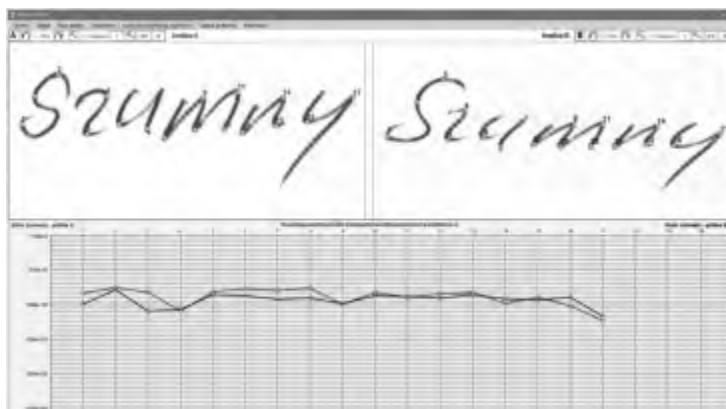
Ryc. 3. Wyniki korelacji rangowej analizowanych powy ej próbek w programie Centrograf (*weryfikacja negatywna*)

Profiloskan to program profilometryczny analizuj cy sił nacisku narz dzia pisarskiego wzduł linii pomiarowej lub w wyznaczonych przez eksperta punktach badawczych zlokalizowanych w analogicznych miejscach graficznych badanych próbek.

W zwi zku z tym program Profiloskan dysponuje dwiema ró ni - cymi si opcjami pracy, wybieranymi przez u ytkownika zale nie od przedmiotu prowadzonej analizy. S to dwie ró ne aplikacje: analiza liniowa i analiza wielopunktowa.

Analiza liniowa polega na badaniu i porównywaniu wielkości nasycenia rodka kryjacego (barwnika), odzwierciedlającej również naciskowo, w określonych przez eksperta punktach badawczych, w których program rysuje poziome, wspólne dla obu próbek linie przechodzące przez ich całą szerokość. Program ma zastosowanie głównie do analizy zapisów o zbliżonym obrazie pisma, np. do badania podpisów sfalszowanych przez nadzornictwo i odwzorowanie techniczne.

Analiza wielopunktowa polega na badaniu i porównywaniu wielkości nasycenia rodka kryjacego (barwnika) reprezentującej również naciskowo, w wyznaczonych (kliknięciach) przez eksperta punktach badawczych, zlokalizowanych w analogicznych miejscach graficznych badanych próbek. Kolejno zaznaczane punkty są łączone odcinkami, tworzącymi linie łamane, charakteryzujące obraz analizy tego parametru między parami analogicznych punktów badanych linii graficznych. Poniżej (ryc. 4) ilustracja przebiegu analizy.



Ryc. 4. Przykład analizy wielopunktowej w programie Profiloskan

Opisane programy komputerowe zostały poddawane testom weryfikacyjnym, zarówno pod względem ich funkcjonalności, prawidłowości działania, jak i dopuszczalnej tolerancji pomiarów. Stanowi one dalsze rozwinięcie dotychczas funkcjonujących programów wspomagających proces badawczy w ekspertyzie pisma (zestaw programów Globalgraf I). Ich praktyczne zastosowanie może pozytywnie wpłynąć na podniesienie poziomu obiektywizmu metod badawczych w ekspertyzie pisma i dokumentów¹⁰.

¹⁰ Szerzej na temat zasad działania programów Globalgraf II zob. M. Goc *et al.*, *Programy komputerowe jako narzędzie wspomagające ekspertyzę pisma i cznego*, „Problemy Kryminalistyki” 2016, nr 294, s. 1327.

Nowe możliwości badania kolejno ci nanoszenia zapisów na dokumentach

Zagadnienie określenia kolejno ci nanoszenia na podłożu dokumentów zapisów wykonanych różnymi technikami (zapisem ręcznym, drukowaniem, odbitym przy użyciu pieczętek) stanowi wycinek szerszej problematyki, jak jest badanie wieku pisma, a jeszcze szerzej - wieku dokumentu lub jego fragmentów. Jest to jedno z najtrudniejszych, nie w pełni jeszcze rozwiniętych zagadnień kryminalistycznych, zarówno w odniesieniu do badania wieku bezwzględnego (absolutnego) dokumentu, tj. czasu sporządzenia widniejących na nim zapisów, jak i w odniesieniu do wieloaspektowej problematyki badania wieku względnego, czyli wskazania, czy zapisy występujące na jednym (lub większej liczbie) dokumencie powstały w tym samym czasie, jaka była chronologia ich naniesienia na podłożu badanego dokumentu, jaka była kolejno kreślenia poszczególnych elementów zapisu ręcznego, nadruków itp. W tym zakresie zagadnienie to jest określone w kryminalistyce jako „badanie krzyżujących się linii”. W takim znaczeniu wchodzi również w zakres cech graficznych pisma ręcznego, gdzie jest określone jako „następstwo elementów graficznych”¹¹.

Problematyka ta od lat pozostaje w kręgu zainteresowań badaczy polskich i zagranicznych¹². W Polsce najbardziej kompleksowe badania

¹¹ Zob. *Katalog graficznych cech pisma ręcznego*, [w:] *Słownik terminów pismoznawczych*, red. A. Koziczak, M. Owoc, dostępne na: www.prawouam-stp.home.amu.edu.pl [stan na: 14.09.2017].

¹² Doniesienia naukowe na ten temat można znaleźć w: A. Pogorzelski, J. Cholewicki, *Badania krzyżujących się linii graficznych*, „Zeszyty Metodyczne” 1971, nr 9; J. Bartosiewicz, *Optyczna metoda ustalania kolejno ci naniesienia krzyżujących się linii długopisowych z odbitkami pieczętek*, „Problemy Kryminalistyki” 1978, nr 131, s. 144-153; J. Mathyer, *The Problem of Establishing the Sequence of Super Imposed Lines*, „International Criminal Police Review” 1980, No. 342/343, s. 238-250, 271-281 (pol. *Problematyka ustalania kolejno ci nakładających się linii pisma. Krytyczny przegląd metod*, oprac. A. Pogorzelski, „Biuletyn Informacyjny” 1982, nr 1/45, s. 5-37); J. Mathyer, R. Pfister, *The Determination of Sequence of Crossing Strokes by the „Kromekote” Paper Lifting Process and by the Scanning Electron Microscopic Method*, „Forensic Science International” 1984, Vol. 24, No. 2, s. 113-124 (pol. *Określanie kolejno ci nakładania się linii metod papierków „Kromekote” oraz w skaningowym mikroskopie elektronowym*, oprac. A. Henschke, „Biuletyn Informacyjny” 1985, nr 4/60, s. 22-33); B. Diekmann, *Praktische Hinweise zur Untersuchung von Strichkreuzungen unter besonderer Berücksichtigung von Farbbandschriften*, „Archiv für Kriminologie” 1987, Bd. 179, Nr. 3-4, s. 110-113 (pol. *Praktyczne wskazówki z zakresu badań linii krzyżujących się*, tłum. E.B., „Biuletyn Informacyjny” 1987, nr 3/67, s. 68-71); Ch. Grafl, *Strichkreuzungen zwischen*

w tej dziedzinie przeprowadzono w PTK w latach 2010-2012 w ramach projektu rozwojowego nr OR 00001911 *Opracowanie metodyki oraz zbudowanie stanowiska do badań chronologii zapisów wykonanych różnymi technikami i rodzajami kryjących na podłożu papierowym*¹³.

W wyniku realizacji tego projektu opracowano m.in. metody badań kolejności zapisów niekryjących się. Są to szczególnie trudne przypadki, zarówno pod względem kryminalistycznym, jak i dowodowym, gdy zachodzi konieczność ustalenia kolejności naniesienia zapisów na podłoże dokumentu (najczęściej jest to zapis tekstowy i podpis), które nie zachodzą na siebie. Przeważnie są to dokumenty podpisywane *in blanco*, bez żadnego tekstu, a następnie użyte do innych celów, niekorespondujących z intencjami składającego taki podpis. Często są również przypadki wykorzystywania niezapisanego fragmentu innego dokumentu, który po odcięciu wraz ze znajdującym się tam podpisem

Kugelschreiber und Ablichtung, „Archiv für Kriminologie” 1986, T. 178, Nr. 5-6, s. 129-138 (pol. Krzyżowanie się linii rodzaju kryjącego pochodzącego od długopisu i tekstu odbitego kserografią, oprac. J.K., „Biuletyn Informacyjny” 1987, nr 4/68, s. 61-64); L. Hart, B. Carney, *Typewriting versus Writing Instrument. A Line Intersection Problem*, „Journal of Forensic Sciences” 1989, Vol. 34, No. 6, s. 1329-1335 (pol. Problem krzyżowania się linii pisma maszynowego i ręcznego, oprac. A. Henschke, „Biuletyn Informacyjny” 1991, nr 1/81, s. 33-42); R.W. Radley, *Determination of Sequence of Writing Impression and Ball Point Pen Inkstrokes Using the ESDA Technique*, „Journal of the Forensic Science Society” 1993, Vol. 33, No. 2, s. 69-72 (pol. Ustalenie kolejności naniesienia ładunku odcisku pisma i poścignięcia długopisu za pomocą urządzenia ESDA, oprac. K. Witośławski, „Problemy Kryminalistyki” 1994, nr 204, s. 66-67); S.C. Leong, J.M. Leong, *A Systematic Study of the Lifting Technique for Determining the Writing Sequence of Intersecting Ball Pen Strokes*, „Science and Justice” 1997, Vol. 37, No. 3, s. 197-206; S. Kasas, A. Khanmy-Vital, G. Dietler, *Examination of Line Crossings by Atomic Force Microscopy*, „Forensic Science International” 2001, Vol. 119, s. 290-298; A. Szware, J. Pyrzycki, *Krzyżowanie linii długopisowych na papierach syntetycznych*, [w:] *Problematyka dowodu z ekspertyzy dokumentów*, red. Z. Kegel, Wrocław 2002, t. 1, s. 548-549; B. Hołyst, *Kryminalistyka*, Warszawa 2010, s. 774-792; R. Łuczak, H. Deptuła, *Badania krzyżowania się linii graficznych przy wykorzystaniu mikroskopu wielozadaniowego Nikon AZ-100 wyposażonego w automatyczny napęd osi Z*, [w:] *Techniczno-kryminalistyczne badania autentyczności dokumentów publicznych*, Materiały 8. Konferencji, Poznań 29-30 września 2011 r., red. H. KołECKI, Poznań 2012, s. 77-81.

¹³ Projekt rozwojowy nr OR 00001911 zrealizowany na podstawie umowy zawartej pomiędzy Ministrem Nauki i Szkolnictwa Wyższego a Konsorcjum Uniwersytetu Warszawskiego a Centrum Badawczo-Szkoleniowym Polskiego Towarzystwa Kryminalistycznego (obecnie Instytut Kryminalistyki PTK). Realizacja projektu trwała 24 miesiące, począwszy od 26 sierpnia 2010 r.

wystawcy służy do sporządzenia nowego nieautentycznego dokumentu. Jedną z bardziej popularnych metod fałszowania dokumentów jest dopisywanie kwot, wielkości zobowiązania finansowego, zmiana daty, danych osobowych i innych uzupełnień we wcześniejszym podpisany dokument.

Często w takich przypadkach, gdy zapisy wtórne nie krzyżowały się z pierwotnymi, a zarazem nie można było potwierdzić tego rodzaju fałszerstwa na podstawie analizy spójności edycyjnej całego dokumentu, układu topograficznego widniejących na nim zapisów, nadruków i wypełnień rycin, badania rękopisów kryjących, papieru lub innych materiałów kryminalistycznych, nie było szans na ustalenie stanu faktycznego.

Na podstawie wielu analiz i eksperymentów badawczych wypracowano następujące techniki umożliwiające ustalenie, czy zapis (podpis) odręczny lub odcisk pieczęci został naniesiony na podłożu dokumentu przed czy po wydrukowaniu tekstu, gdy zapisy te w danym fragmencie nie przecinają się :

- ocena właściwości fizyko- optycznych drobin tonera;
- ocena właściwości strukturalnych linii graficznej;
- ocena właściwości fizyko- chemicznych naniesień (drobiny tonera, nadruki i zapisy rycin) przy wykorzystaniu spektroskopii Ramana.

Do oceny właściwości fizyko- optycznych drobin tonera przydatna okazała się mikroskopowa technika 3D. Dzięki uzyskaniu odpowiedniego powiększenia o wyrazistych i ostrych obrazach technika 3D może mieć zastosowanie do ustalenia kolejności złożenia podpisu (zapisu) względem innego grafizmu (tekstu lub jego fragmentu, różnego rodzaju nadruków itp.) także wówczas, gdy zapis ten nie krzyżuje się w danym miejscu z fragmentami wydrukowanego tekstu, natomiast w obrębie linii pisma występują drobiny tonera. Ocena kształtu, barwy, połysku, umiejscowienia i innych właściwości strukturalnych, zarówno samej linii zapisu, jak i występujących w jej obrębie drobin tonera, okazała się w połączeniu z innymi technikami badawczymi bardzo przydatna do podjęcia decyzji rozstrzygających o kolejności umiejscowienia linii zapisu rycin (lub innego) i wydruku. Jest to jednak możliwe jedynie w odniesieniu do dokumentów, na których znajdują się nadruki (tekstu, liniamentu, rubryk itp.) wykonane przy użyciu urządzeń pracujących w technice termicznego utrwalania obrazu, a materiał kryjący stanowi sproszkowany toner (np. z drukarki laserowej czy kserokopiarki). Wtedy w obrębie elementów graficznych widoczne są drobiny tonera. W zależności od stanu urządzenia drukującego cząsteczki te mogą się także znajdować w mniejszej lub większej ilości w różnych, przypadkowych miejscach na powierzchniach nieza-

drukowanych¹⁴. Mikrodrobiny pokryte i niepokryte rodkiem kryjącym różni się występowaniem na ich powierzchniach refleksami świetlnymi i właściwościami strukturalnymi. W jednym i drugim przypadku drobiny te są widoczne w obrębie linii graficznej ze względu na jej transparentność zobrażowanymi w dużych powiększeniach. Mikrodrobiny niepokryte warstwą rodka kryjącego charakteryzuje większa wyrazistość czerni, budowa geometryczna, ostrość obrazu, a często także brak zabarwień pochodzących od analizowanych zapisów, mniejsza matowość odbicia światła, zwłaszcza w przypadku atramentów. Cechy te w większym stopniu uwidoczniają się w obrazach 3D.

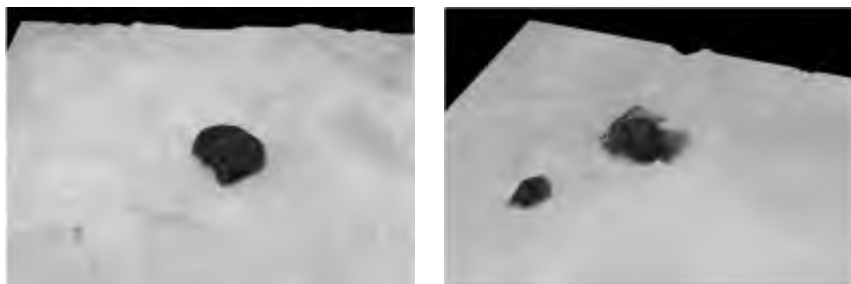


Ryc. 5. Drobiny tonera na linii pisma (charakterystyczna wyrazistość czerni drobin tonera)

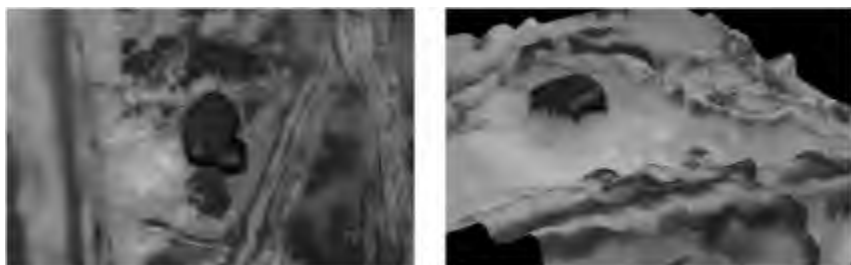


Ryc. 6. Drobiny tonera pod linią pisma (widoczne łaty rodka kryjącego tworzącego linię pisma w obrębie drobin tonera)

¹⁴ K. Samulak, *Tajemnica kolorowych drukarek laserowych*, [w:] *Aktualne tendencje w badaniach dokumentów. Materiały XIII Wrocławskiego Sympozjum Badań Pisma*, Wrocław 2008, red. Z. Kegel, Wrocław 2010, s. 489.



Ryc. 7. Drobinny tonera na papierze (charakterystyczna wyrazistość czerni i brak przebarwień)



Ryc. 8. Drobinny tonera pod linię pisma (widoczne w ich obrębie łady rodka kryjącego i żółtawe przebarwienia)

Do ustalania kolejno ci naniesie nadruków i zapisów rcznych uyticzn technik badawcz jest tak e analiza właciwo ci strukturalnych samej linii pisma rcznego, pod ktem oceny, czy dokument z takim zapisem przeszedł czy te nie przeszedł przez urzdzenie drukujce. Wysoka temperatura (rzdu 140-200°C), która towarzyszy wydrukowi wykonanym na urzdzieniach pracujcych w technice termicznego utrwalania obrazu, oddziałuje na właciwo ci fizyczne rodka kryjącego naniesionego odrznie, a nacisk wałków dociskowych moe dodatkowo zaburzy przebieg linii pisma b d zniekształci relief kreski. Przeprowadzone do wiadczenia, wykonane na 370 próbkach zawierajcych zapisy rczne sporz dzone ró nymi rodkami pisarskimi, na których nadrukowano w ró nym czasie (po 3, 7, 21 i 91 dniach) tekst przy uyciu drukarki laserowej HP Color LaserJet 2600n, wykazały, e próbki te w zestawieniu z zapisami, które nie przeszły przez drukark laserow , wykazały m.in. takie ró nice, jak:

- mniejsze nasycenie koloru po przejciu przez drukark w przypadku zapisów długopisowych oraz wykonanych piórem wiecznym;
- rozmycie/rozmazanie rodka kryjącego widoczne równie poza lini pisma;

- rozłożenie rodka kryj cego wzdłuż włókien papieru, a nie wzdłuż kierunku kre lenia;
- nieregularna linia brzegowa pisma;
- zmienna kolorystyka linii pisma;
- obecność nadtopionych powierzchni - „spieków”;
- ludy pasty długopisowej znajdujące się poza lini pisma, niewynikające z naturalnego nanoszenia rodka kryj cego;
- brak wyraźnych „białych linii”¹⁵.

W celu sprawdzenia skuteczności opracowanej metody badawczej przeprowadzono test kontrolny, w ramach którego przebadano 60 próbek zawierających niekryjące się zapisy ręczne i wydruki o nieznanym dla wykonującego chronologii tych naniesieniu¹⁶. W przypadku 56 próbek w sposób prawidłowy została określona chronologia ich wykonania (93,3%).



Ryc. 9. Zapis wykonany piórem wiecznym, który przeszedł przez drukarkę laserową (widoczne spieki - powiększenie x 100 (ródło: raport końcowy z realizacji projektu OR 00001911))¹⁷

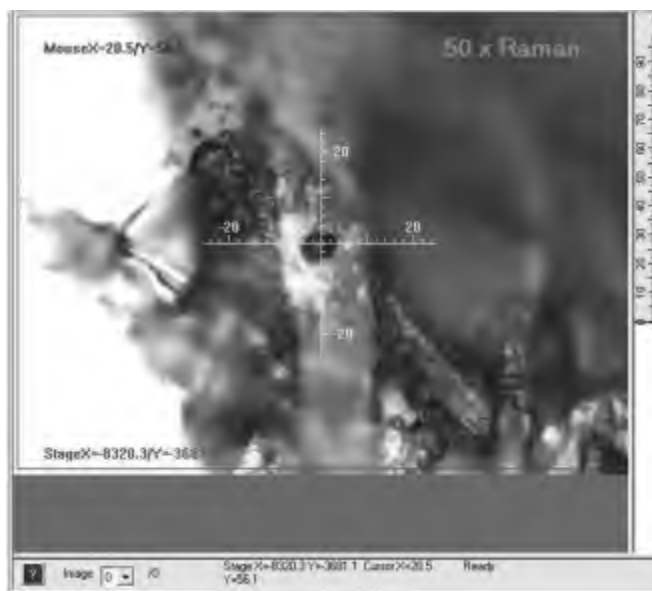
¹⁵ Badania zostały wykonane w ramach wspomnianego projektu nr OR 00001911 w Biurze Bada Kryminalistycznych ABW, które włączyło się do części eksperymentalnej projektu, obejmującej wykorzystanie mikroskopii konfokalnej i optycznej do oceny zmian w strukturze linii pisma po poddaniu jej oddziaływaniu termicznemu przez przejście przez laserowe urządzenie drukujące. Wyniki badań przedstawiono na podstawie opracowania: U. Konarowska, *Badania chronologii wykonania niekryjących się zapisów ręcznych oraz wydruku sporządzonego na drukarce laserowej przy wykorzystaniu mikroskopu 3D model ECLIPSE 80i z przyślawek konfokalnych* [cz. raportu końcowego z realizacji ww. projektu (zał. B), autor raportu M. Goc, konsultacja naukowa T. Tomaszewski, E. Gruza] 2012; por. także: U. Konarowska, M. Goc, *Badania wieku względnych dokumentów. Część II. Badania chronologii wykonania niekryjących się zapisów ręcznych i wydruków sporządzonych na drukarce laserowej*, „Problemy Kryminalistyki”, Warszawa 2014, nr 286, s. 10-18.

¹⁶ Próbkę zostały przygotowane przez autora w laboratorium kryminalistycznym PTK.

¹⁷ U. Konarowska, *Badania chronologii*, op. cit.



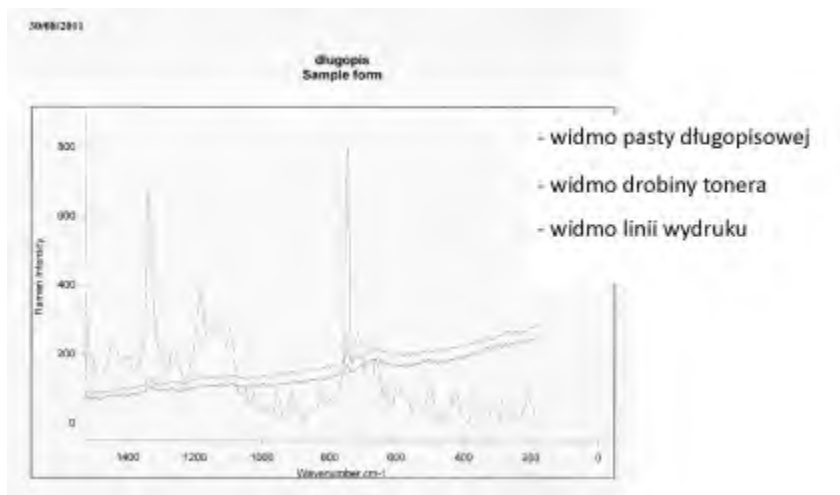
Ryc. 10. Spektrometr ramanowski w pracowni bada dokumentów wykorzystywany m.in. do badania kryjących i niekryjących si linii pisma



Ryc. 11. Obraz mikroskopowy drobiny tonera na linii pisma uwidoczniony przy użyciu spektroskopu ramanowskiego

Kolejną techniką przydatną w sekwencjonowaniu niekryjących si nadruków i zapisów ręcznych (a także wykonanych w inny sposób, np. odcisków pieczęci) jest ocena właściwości fizyko-chemicznych naniesień (drobin tonera, nadruków i zapisów ręcznych) przy wykorzystaniu spektroskopii Ramana. Przeprowadzone doświadczenia wykazały, że spektroskopia ramanowska może być przydatnym narzędziem do

weryfikacji wyników badań kolejno ci naniesienia rodków kryj cych, w tym tak e zapisów niekrzy uj cych si , na podstawie stwierdzenia faktu naniesienia na drobiny tonera innego materiału kryj cego lub wykluczenia takiej ewentualno ci, co oznacza odwrotn kolejno ¹⁸.



Ryc. 12. Widma ramanowskie tonera i pasty długopisowej

Niekiedy istotn okoliczno ci pozwalaj c na stwierdzenie faktu przerobienia dokumentu jest ustalenie, czy widniej ce na nim nadruki tekstowe i inne powstały w wyniku jednego cyklu edycyjnego czy te niektóre fragmenty zostały dodrukowane lub wmontowane w inny sposób, np. w wyniku kseromonta u. W przypadku technik drukarskich polegaj cych na termicznym utrwalaniu obrazu mo liwa jest ocena powtórnych przej zadrukowanego dokumentu przez drukark lub kserokopiark . Podstaw ustale w tym zakresie jest analiza mikroskopowa struktury tonera tworz cego wydruk. W przypadku jednokrotnego przej cia dokumentu przez mechanizmy grzewczo-dociskowe urz dzenia drukuj cego struktur tonera wydrukowanych znaków charakteryzuje inna budowa, ni ma to miejsce przy powtórnym przej ciu tego samego dokumentu. W pierwszym przypadku jest to struktura ziarnisto-chropowata, z wyra nie wyodr bnionymi i g sto rozmieszczonymi drobinami tonera (ryc. 13). Natomiast w drugim przypadku powierzch-

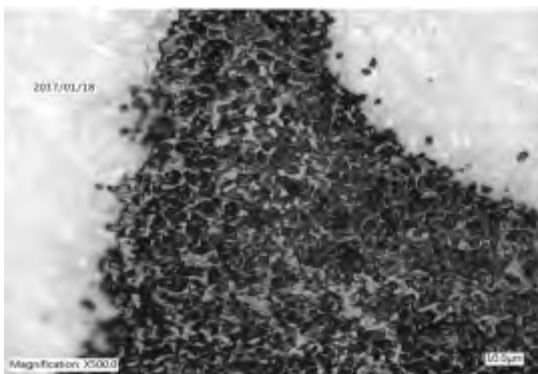
¹⁸ Szerzej na temat wykorzystania spektroskopii ramanowskiej w badaniach chronologii zapisów m.in. w: M. Goc, *Współczesny model ekspertyzy pismoznawczej...*, op. cit., s. 247-355, 371-375; E. Fabia ska, *Spektroskopia Ramana - nowe mo liwo ci badania dokumentów*, [w:] *Technicznokryminalistyczne badania autentyczności...*, op. cit., s. 73-81.

nia tonera tworzącego zapis pierwotny (dwa przebiegi przez elementy dociskowo-grzewcze) jest bardziej płaska, z mniejszą liczbą wyodrębnionych ziaren oraz znacznie większymi polami między tymi ziarnami (ryc. 14). Powtórne działanie temperatury i siły docisku powoduje znaczne zredukowanie struktur ziarnistych, zanik drobnych elementów, ich wygładzenie i powstanie miejsc o płaskiej powierzchni. Obserwacja mikroskopowa powierzchni tonera, która jednokrotnie przeszła przez urządzenie drukujące, pozwala na odróżnienie znaków mających rozbudowaną ziarnistą i chropowatą strukturę od znaków charakteryzujących się płaską i wygładzoną powierzchnią, które dwukrotnie przeszły przez elementy grzewcze i dociskowe. Możliwe jest określenie, które znaki zostały dopisane, a które stanowiły treść pierwotnego badanego dokumentu¹⁹. Analizę należy przeprowadzić przez porównanie wielu znaków, najlepiej jednobrzmiących, z różnymi miejscami badanego dokumentu, przy użyciu takich samych powiększeń (zwykle w granicach od x50 do x500). Z badań przeprowadzonych przez Sławomira Szczepańczyka i Urszul Konarowską wynika, że efekty takich analiz mogą być różne w zależności od typu urządzenia drukującego²⁰.

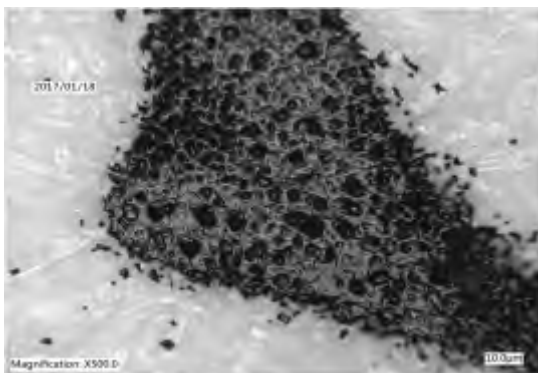
Możliwość ustalania, czy badany dokument przeszedł wcześniej jeden raz przez urządzenie drukujące w systemie termicznego utrwalania obrazu, jest również przydatne do stwierdzenia faktu tzw. pustego przepuszczenia dokumentu autentycznego z zapisem ręcznym (podpisem) w celu nadania mu cech dokumentu podpisanego *in blanco*. Jest to swego rodzaju rodzaj autofalszerstwa dokumentu w celu zakwestionowania jego treści. W takich sytuacjach, oprócz metody oceny wielokrotności przebiegu dokumentu przez drukarkę na podstawie analizy struktury tonera, stosuje się metodę oceny poziomu ostrości ziaren tonera na niezadrukowanych powierzchniach papieru. Przy powtórnej przebiegu dokumentu przez mechanizm dociskowy urządzenia drukującego znaczna część drobin tonera pierwotnego wydruku zostaje dodatkowo wprasowana w powierzchnię papieru i znajduje się poniżej poziomu drobin z drugiego przebiegu przez wałce dociskowe. Przy ustawieniu ostrości obiektywu mikroskopu na te drobiny tonera, które są efektem drugiego przebiegu papieru, obraz tych z pierwszego cyklu drukarskiego będzie nieostry. Opisane zjawisko ilustrują poniższe fotogramy (ryc. 15, 16).

¹⁹ Szerzej na ten temat: S. Szczepańczyk, U. Konarowska, *Zastosowanie mikroskopii optycznej do weryfikacji dokumentów przerobionych za pomocą drukarki laserowej*, „Problemy Kryminalistyki” 2012, nr 276, s. 65-73.

²⁰ *Ibidem*, s. 73.



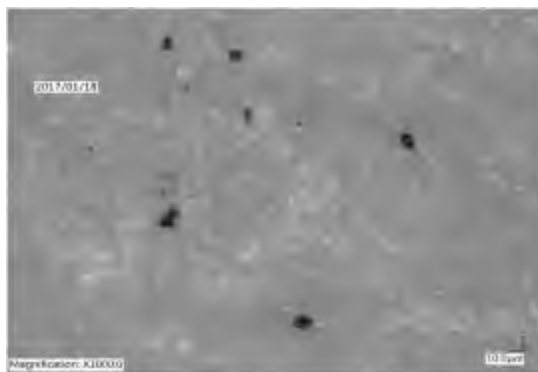
Ryc. 13. Jednokrotne przejście papieru w drukarce pracującej w systemie termicznego utrwalania obrazu



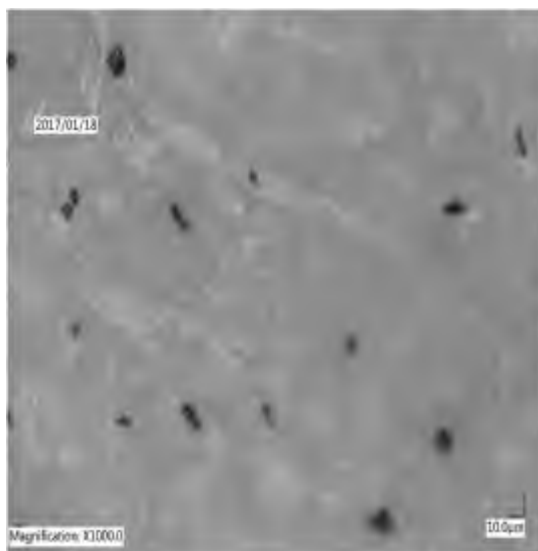
Ryc. 14. Dwukrotne przejście papieru w drukarce pracującej w systemie termicznego utrwalania obrazu

Jedną z proponowanych technik badania kolejno ci zapisów jest wykorzystanie metody elektrostatycznej. W laboratoriach krajowych zajmujących się badaniem dokumentów wykorzystuje się urządzenie ESDA do ujawniania bezbarwnych reliefów powstałych w wyniku nacisku rodka pisarskiego na podłoże. Pojawiły się w związku z tym doniesienia o możliwości wykorzystania tej techniki do sekwencjonowania krzyżujących się bezbarwnych odcisków linii pisma (pismo reliefowe) z wtórnie naniesionymi zapisami jawnymi, lub też - w sytuacji odwrotnej - skrzyżowania pierwotnie nakreślonego pisma jawnego z wtórnie powstałymi na nim zapisami reliefowymi. W takich przypadkach bezbarwne odciski linii graficznej po napyleniu tonerem i wytworzeniu pola elektromagnetycznego ujawniają się jako ciemne linie, zaś pismo długopisowe zawiera linie białe na szarym tle. Kiedy zostanie zauważony czarny, nieprzerwany obraz odcisku linii nad białą linią powstał w wyniku pocierania

długopisem, może to być uznane za oznakę, że odcisk powstał na oryginalnej linii pisma. Jednak sytuacja odwrotna nie pozwala na tak jednoznaczny interpretację, gdy przerwanie linii pisma względnie nie zawsze wskazuje, że linia długopisowa powstała później²¹.



Ryc. 15. Jednokrotne przejście papieru w drukarce pracującej w systemie termicznego utrwalania obrazu (jednolita ostrość drobin tonera)



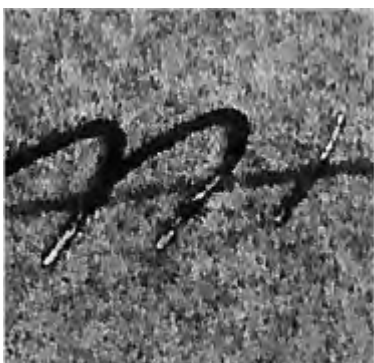
Ryc. 16. Dwukrotne przejście papieru w drukarce pracującej w systemie termicznego utrwalania obrazu (niejednolita ostrość drobin tonera; w czerwonych obwódkach drobiny o nieostrym obrazie)

²¹ R.W. Radley, *Ustalenie kolejności naniesienia...*, op. cit., s. 66-67; E. Fabiańska, *Postęp w badaniach pisma ręcznego i dokumentów*, [w:] *Postępy w naukach śledczych*, Kraków 2009, s. 200.

Ogranicza to w znacznym stopniu przydatność opisanej metody, co potwierdziły badania eksperymentalne wykonane w pracowni badań dokumentów PTK. W ich wyniku stwierdzono, że dominacja białych fragmentów linii zapisów jawnych jest tak duża, że uwydatniają się one na linii pisma względnie zarówno wtedy, gdy mają charakter wtórny (ryc. 17), jak i pierwotny, co w tym drugim przypadku nie powinno mieć miejsca (ryc. 18). Stwierdzono również, że efekt białych linii występuje tylko w niektórych rodzajach tuszów długopisowych²².



Ryc. 17. Skrzyżowanie odcisku litery „K” uwydatnionego metodą elektrostatyczną przy użyciu urządzenia ESDA 2 z poziomą linią pisma jawnego (biały fragment linii pisma jawnego przecinający ujawnia fragment zapisu reliefowego wskazujący na pierwotny zapis tego ostatniego)



Ryc. 18. Skrzyżowanie zapisu jawnego (litera „m”) z reliefem (odciskiem) poziomej linii uwydatnionej metodą elektrostatyczną przy użyciu urządzenia ESDA 2 (w tym przypadku reliefowy odcisk poziomej linii powstał w drugiej kolejności, co jednak nie znajduje odzwierciedlenia w przedstawionym obrazie, gdzie widoczne jest pozorne przerwanie tej linii przez białą linię zapisu jawnego)

Podsumowanie

Zaprezentowane techniki badawcze, będące w głównej mierze efektem realizacji projektów rozwojowych, świadczą o znaczącym wkładzie naukowym PTK w rozwój tej dziedziny kryminalistyki, jak są badania

²² M. Goc, *Współczesny model ekspertyzy pismoznawczej...*, op. cit., s. 327-329.

dokumentów. Zarówno programy komputerowe, jak i inne techniki instrumentalne, których przykłady przedstawiono w tym artykule, pozwalają z optymizmem patrzeć na przyszłość ekspertyzy dokumentów, w tym ekspertyzy pismoznawczej. Programy komputerowe, jako narzędzie wspomagające proces badawczy w ekspertyzie pisma ręcznego, powiększają tradycyjny katalog cech identyfikacyjnych oraz pozwalają na ich głębszą analizę jakościową i ilościową. Podnoszą walory naukowe i rangę dowodów opinii pismoznawczych. Umożliwiają zastosowanie obiektywizowanych, opartych na cechach mierzalnych (parametrach pisma) metod interpretacji wyników analiz porównawczych pisma ręcznego i podpisów. Niewątpliwie tworzy to nową jakość ekspertyzy pismoznawczej.

Z kolei wyniki uzyskane w trakcie badań i eksperymentów wykonanych w ramach projektu dotyczącego problematyki chronologii zapisów na dokumentach²³, a także rezultaty bieżącej praktyki eksperckiej laboratorium Instytutu Kryminalistyki PTK, zwłaszcza w dziedzinie badań zapisów niekryjących się, przyczyniły się do znaczącego postępu w tym dziale technicznych badań dokumentów, umożliwiając opiniowanie w sprawach, które do niedawna pozostawały poza sferą poznania procesowego.

²³ Cyt. projekt rozwojowy nr OR 00001911.

Marcin Gołaszewski

Przesłuchanie biegłego z zakresu badań poligraficznych (wariograficznych) w postępowaniu jurysdykcyjnym - tryb, najczęściej zadawane pytania i prawidłowe odpowiedzi

1. Wprowadzenie do problematyki badań poligraficznych w polskim procesie karnym

Badanie poligraficzne (wariograficzne, psychofizjologiczne) jest procedurą, która w praktyce służy - po pierwsze - pozyskiwaniu nowych, istotnych informacji w danym postępowaniu. Po drugie - umożliwia ocenę reakcji badanego jako typowych dla określonej populacji (z wiedzy i bez wiedzy na temat szczegółów ukrytych w testach oraz odpowiadających szczerze i nieszczerze). Ponadto pomaga przełamywać różne rodzaje zaprzeczeń (całkowite, dotyczące poczytalności, stopnia winy i następstw swoich czynów), które dokonują sprawcy przestępstw, w tym osoby z zaburzeniami preferencji seksualnych i uzależnieniami. Wreszcie badanie poligraficzne ma swój walor prewencyjny - zarówno indywidualny (pomagając powstrzymać się konkretnemu badanemu od pewnych zachowań w przyszłości), jak i generalny (odstraszając szeroki zbiór osób od naruszania rozmaitych reguł i obowiązków).

Dnia 29 stycznia 2015 r. Sąd Najwyższy wydał postanowienie¹ i sformułował kilka tez, które po raz pierwszy całościowo regulują kwestie związane z dowodowym wykorzystaniem badań poligraficznych w polskim procesie karnym. Sąd Najwyższy rozwiązał tym samym wszelkie wątpliwości związane z możliwością przeprowadzenia badania poligraficznego wobec podejrzanego, oskarżonego lub świadka, dopuszczając na podstawie art. 199a k.p.k.² opinię biegłego sporządzoną na podstawie ekspertyzy – zarówno jako dowód odciskający, jak i obciskający. Sąd zauważył ponadto, że badanie poligraficzne nie może być substytutem przesłuchania, co oznacza, że biegłemu nie wolno wykraczać poza standardowe elementy procedury tego badania. Niedopuszczalne jest także „przeprowadzanie badania bezpośrednio przed lub bezpośrednio po przesłuchaniu, kiedy mogłoby ono wpływać na swobodę wypowiedzi osoby przesłuchiwanej, stanowi rodzaj nacisku lub zagrożenia z jej punktu widzenia”³.

Sąd wyjaśnił, że art. 192a § 2 k.p.k. dotyczy badań w celu ograniczenia kręgu osób podejrzanych lub selekcji materiału dowodowego w postaci ujawnionych ładów, przy czym badanym w tym wypadku może być nawet osoba o jeszcze nieustalonym statusie procesowym, a co do której poddanie jej badaniom przy użyciu poligrafu uzasadniają okoliczności zdarzenia.

Sąd wskazał wyraźnie, że wbrew temu, na co wskazują obiegowe opinie, poligraf nie jest wykrywaczem kłamstw, a wynik badania poligraficznego dowodzi „wyłącznie tego, jakie były reakcje badanej osoby na zadawane jej pytania”⁴. Dowód z opinii biegłego z zakresu badań poligraficznych należy zatem traktować jako dowód pośredni, który prowadzi dopiero do ustalenia, na podstawie których można wyciągać wnioski na temat faktu głównego. W tym sensie taki dowód nie różni się niczym od dowodów z opinii innych biegłych⁵.

Niebagatelne znaczenie przy ocenie użyteczności badań poligraficznych i wartości dowodowej opinii biegłego z zakresu tych badań ma

¹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 2015 r., I KZP 25/14, dostępne na: www.sn.pl.

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555 ze zm.).

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Szerzej na temat postanowienia Sądu Najwyższego: M. Gołaszewski, *Badania poligraficzne w polskim procesie karnym po Postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 2015 r.*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2015, t. 7, nr 13, s. 139-150.

wieloletnia praktyka służb mundurowych i agencji rządowych w Polsce i na świecie. W Polsce badania poligraficzne przeprowadzane są m.in. wobec kandydatów do pracy lub służby oraz funkcjonariuszy i pracowników wszystkich służb specjalnych (ABW, AW, SKW, SWW, CBA), Policji, Straży Granicznej RP, Landarmii Wojskowej, Krajowej Administracji Skarbowej⁶.

Mimo wielu praktycznych możliwości wykorzystania badań poligraficznych w postępowaniach karnych liczba zleceń wynosi ok. promila wszystkich wszczynanych spraw karnych w Polsce w ciągu roku⁷. Choć dzieje się to rzadko - gdy już dojdzie ostatecznie do powołania biegłych z zakresu badań poligraficznych, którzy wydają opinie nie tylko w celach eliminacyjnych, ale także dowodowych - to zwykle w postępowaniu jurysdykcyjnym wzywa się ich na rozprawę i zadaje dodatkowe pytania dotyczące pisemnie sporządzonej opinii. Między innymi od jako ci biegłego, jego kwalifikacji, przygotowania i zdolności argumentowania zależy ocena wykonanej ekspertyzy, nadana jej wartość dowodowa, właściwe zrozumienie przez sędzię i strony postępowania, a w konsekwencji liczba kolejnych zleceń. Niniejsze opracowanie zostało sporządzone po to, by w jednym miejscu zbierać i zadawać pytania na temat badań poligraficznych wraz ze zwiastującymi odpowiedziami i - z jednej strony - wspomóc środowisko biegłych z zakresu badań poligraficznych, a z drugiej - przekazać te informacje tym, którzy takie pytania zadają, czyli sądziom, prokuratorom i adwokatom.

2. Podstawy powołania biegłego i tryb wezwania na rozprawę

Zgodnie z art. 2 § 2 k.p.k. „podstaw wszelkich rozstrzygnięć powinny stanowić prawdziwe ustalenia faktyczne”. Z kolei w art. 193 § 1 k.p.k. czytamy, że: „jeżeli stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga wiadomości specjalnych, zasięga się opinii biegłego lub biegłych”. Zatem zasada prawdy materialnej wyrażona w art. 2 § 2 k.p.k. i dyspozycja art. 193 § 1 k.p.k. nakładają na organ prowadzący postępowanie obowiązek powołania biegłego

⁶ Badania psychofizjologiczne (poligraficzne) uwzględniono wreszcie także w ustawie z dnia 8 grudnia 2017 r. o Służbie Ochrony Państwa (Dz.U. z 2018 r. poz. 138) - instytucji, która zastąpiła Biuro Ochrony Rządu.

⁷ Dane z lat 2005-2012 przedstawione przez prof. Jana Widackiego podczas wystąpienia na V Międzyresortowym Seminarium Badania Poligraficzne - Rynia, 24.09.2012.

w sytuacji, gdy wystąpi jakieś okoliczności, których stwierdzenia może dokonać jedynie osoba posiadająca odpowiednią wiedzę w danej dziedzinie, jak to określa art. 195 k.p.k.

W miarę potrzeby udostępnia się biegłemu akta sprawy w zakresie niezbędnym do wydania opinii (art. 198 § 1 k.p.k.). Organ procesowy może zastrzec swój obecny przy przeprowadzaniu badania przez biegłego, jeżeli nie wpłynie to ujemnie na ich wynik (art. 198 § 2 k.p.k.). W tym miejscu należy zaznaczyć, że z takiej sytuacji mamy właściwie do czynienia przy badaniach poligraficznych. Ze specyfiki tego badania wynika, że należy ograniczyć liczbę bodźców zewnętrznych oddziałujących na badanego do minimum. Osoba badana powinna mieć też zapewnioną pełną swobodę wypowiedzi i niejako intymną atmosferę tego badania. Nie ma natomiast przeszkód, aby – o ile pozwalają na to warunki techniczne – zastosować transmisję audiowizualną do innego pomieszczenia albo lustro weneckie. Jeżeli przemawiają za tym względy bezpieczeństwa, w pomieszczeniu do badania może przebywać np. konwojent, ale warto to zrobić tak, aby badany nie był rozpraszany przez jego obecność.

W zależności od polecenia organu procesowego biegły składa opinię ustnie lub na piśmie (art. 200 § 1 k.p.k.), a jeżeli opinia jest niepełna, niejasna lub zachodzi sprzeczność w opinii lub między opiniami, może na wezwanie ponownie tych samych biegłych lub powołać innych (art. 201 k.p.k.). Opinia może być uznana za niepełną, gdy opiera się na niewystarczającym materiale dowodowym, nie uwzględnia wszystkich możliwych wariantów dotyczących przebiegu zdarzenia, nie odpowiada na wszystkie zadane pytania. Opinia jest niejasna, gdy nie pozwala zrozumieć, na jakiej podstawie wyciągnięto wnioski końcowe, albo są one niejednoznaczne, opatrzone jakimiś zastrzeżeniami i nie wiadomo, jakie ostatecznie stanowisko zajęł biegły. Opinia może być też sprzeczna, jeżeli argumenty uzasadniające wnioski końcowe są sprzeczne ze sobą albo z tymi wnioskami, ewentualnie same wnioski te bywają wewnętrznie sprzeczne.

Zazwyczaj najpierw zleca się biegłemu opinię pisemną⁸, a potem przesłuchuje się go dodatkowo na rozprawie. Orzecznictwo w kwestii tego, czy sąd zawsze ma obowiązek wzywać biegłego na rozprawę, nie

⁸ Zgodnie z art. 410 k.p.k. podstawą wyroku może stanowić tylko całokształt okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej. Opinia złożona na piśmie, aby mogła być wprowadzona do procesu, powinna być odczytana na rozprawie w trybie art. 393 § 1 k.p.k., ale jeżeli jedna ze stron nie wnosi o takie odczytanie, dowód może zostać uznany za ujawniony także bez faktycznego odczytania na podstawie art. 394 § 2 k.p.k.

przedstawia się jednolicie. Czy orzecze wskazuje, że biegły powinien być wezwany na rozprawę niezależnie od tego, czy się zdecydował zlecić mu opracowanie opinii ustnej czy pisemnej:

Przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego nie może ograniczać się do złożenia przez biegłego pisemnej opinii do akt sprawy, a biegły powinien zostać wezwany na rozprawę, aby strony mogły mu zadawać pytania⁹.

Taki tryb postępowania, realizujący zasady bezpośredniości i kontrydiktoryjności postępowania, pozwala stronom i sędziemu na zadanie biegłemu pytań w kwestiach wynikłych na tle jego opinii pisemnej, co służy usunięciu wątpliwości, mogących powstać u osób niedysponujących wiedzą fachową z danej dziedziny wiedzy i usunięciu wątpliwości z jej treści niejasności i sprzeczności¹⁰.

Inny pogląd, dominujący, stanowi, że

zadanie ustnego wyjaśnienia opinii stanowi uprawnienie, a nie obowiązek sędziego¹¹.

Współczesne rozumienie zasady bezpośredniości nie stoi na przeszkodzie porzuceniu sporządzenia opinii biegłego w formie pisemnej, jeżeli nie narusza ona zastrzeżeń lub wątpliwości sędziego i stron¹².

Biegły ma obowiązek stawić się na wezwanie organu i wydać opinię (art. 197 § 3 k.p.k. w zw. z art. 177 k.p.k.). Jeżeli tego nie zrobi, mogą być zastosowane: kara pieniężna do 10 000 zł (art. 285 § 1 k.p.k., art. 287 § 1 k.p.k.), zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie – choć tylko w wyjątkowych sytuacjach (art. 285 § 2 k.p.k.), a nawet aresztowanie do 30 dni w razie uporczywego uchylania się od nałożonych obowiązków (art. 287 § 2 k.p.k.).

Biegły składa przyrzeczenie określone w art. 197 § 1 k.p.k.: „wiadomo znaczenia moich słów i odpowiedzialności przed prawem, przyrzekam uroczyście, że powierzone mi obowiązki wykonam z całą sumiennością i bezstronnością”. Jeżeli obecne na rozprawie strony nie sprzeciwiają się temu, można odstąpić od odebrania przyrzeczenia (art. 197 § 3 k.p.k. w zw. z art. 187 k.p.k.) i tak w praktyce odbywa się to najczęściej. Sędzią zwraca się do stron w tej sprawie i po krótkiej wymianie spojrzeń rozprawa płynnie toczy się dalej.

⁹ Wyrok SN z dnia 2 grudnia 2011 r., III CSK 60/11, LEX nr 1110994.

¹⁰ Wyrok SN z dnia 14 listopada 2013 r., IV CSK 135/13, LEX nr 1405234.

¹¹ Wyrok SN z dnia 17 czerwca 2010 r., III CSK 297/09, LEX nr 852669.

¹² Wyrok SN z dnia 23 stycznia 2012 r., II PK 97/11, LEX nr 1166983.

Biegły na rozprawie zawsze kieruje swoje wypowiedzi do s du. Truizmem jest ponadto stwierdzenie, e powinien by odpowiednio przygotowany do uzasadnienia swojej opinii i potencjalnych pyta ze strony s du i stron post powania.

3. Cz sto zadawane pytania na salach rozpraw

Poni ej zaprezentowano zbiór zagadnie i pyta szczegółowych, z którymi spotykali si polscy biegli z zakresu bada poligraficznych, wzywani przez s d na przesłuchanie po sporz dzeniu pisemnych opinii. Zbiór ten jest otwarty i zapewne nie wyczerpuje wszystkich mo liwych w t pliwoci, dlatego w miar zdobywania kolejnych do wiadczeb dzie w przyszło ci uzupełniany.

3.1. Kwalifikacje i do wiadczenie zawodowe biegłego

Podstawowe informacje dotycz ce posiadanych kwalifikacji biegły powinien zasadniczo uwzgl dni w pisemnej opinii. Zdarza si natomiast, e s d prosi o dodatkowe informacje dotycz ce do wiadczenia zawodowego, wykszolenia czy dorobku naukowego. Takie pytania nie powinny dziwi , tym bardziej e w Polsce, wobec braku procedur licencyjnych, mianem ekspertów ogłaszaj si osoby o w t pliwych kwalifikacjach i zwyczajnie warto jest je sprawdzi .

Zgodnie z rozporz dzeniem Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 10 kwietnia 2017 r. w sprawie przeprowadzania badania psychofizjologicznego, testu sprawno ci fizycznej oraz badania psychologicznego funkcjonariuszy Słu by Celno-Skarbowej¹³ poligrafer

posiada tytuł magistra, uko czył kurs specjalistyczny i uzyskał stosowny certyfikat autoryzowany lub uznany przez American Polygraph Association (APA) lub kurs z zakresu bada poligraficznych na poziomie co najmniej podstawowym, lub posiada odpowiednie, nabyte w innej drodze umiej tno ci prawidłowego przeprowadzania badania poligraficznego i interpretacji jego wyników po wiadczone przez polskie organizacje z zakresu bada poligraficznych, w tym Polskie Towarzystwo Bada Poligraficznych.

Wymienione rozporz dzenie jest najnowszym dokumentem tej rangi w Polsce, który reguluje kwestie kwalifikacji poligrafera.

¹³ Dz.U. z 2017 r. poz. 805.

3.2. Standardy badań poligraficznych

Zasady przeprowadzania badań poligraficznych określają ogólno-dostępne standardy profesjonalnych i normalizacyjnych organizacji o zasięgu międzynarodowym (APA, ASTM International) i krajowym (w tym PTBP). Standardy zostały omówione także w polskich życznych publikacjach naukowych¹⁴. Ponadto istnieją wewnętrzne zarządzenia i instrukcje w ramach różnych instytucji państwowych, w których przeprowadza się badania poligraficzne.

3.3. Uzasadnienie wyboru i charakterystyka zastosowanych metod badawczych

O tym, jakie metody badawcze mają być zastosowane, decydują wyłącznie biegli, ponieważ to oni wiedzą najlepiej, co w danych okolicznościach należy zrobić. Gdyby było inaczej, zapewne nie zaistniałaby potrzeba ich powoływania. Potwierdzają to dotychczasowe orzeczenia Sądu Najwyższego. W wyroku z dnia 10 maja 1982 r. Sąd Najwyższy¹⁵ stwierdził, że:

przepisy procedury karnej nie określają i nie mogą określać zakresu badań specjalistycznych wykonywanych przez biegłych, gdy potrzeba przeprowadzenia stosownych badań i ich zakresu - choć pozostaje pod kontrolą organu procesowego kierującego badaniem biegłych - należy również do „wiadomości specjalnych”, o których mowa w art. 176 § 1 k.p.k. i których wystąpienie w sprawie uzasadnia w ogóle powołanie biegłych.

Z kolei w wyroku z dnia 6 listopada 1987 r. Sąd Najwyższy¹⁶ wskazał, że:

Nie należy do kompetencji stron decydowanie o tym, jakie metody badawcze, dla stwierdzenia okoliczności mających istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, okażą się przydatne w razie konieczności wykorzystania wiadomości specjalnych posiadanych przez powołanych w sprawie biegłych. Decydują o tym bowiem wyłącznie biegli mający na względzie podlegającą ocenie okoliczności, zebrany w sprawie materiał dowodowy, aktualny stan nauki i stosowane w konkretnej dyscyplinie nauki dostępne metody badawcze.

¹⁴ *Współczesne standardy badań poligraficznych*, red. M. Gołaszewski, Warszawa 2013; M. Gołaszewski, M. Widacki, *Aktualny standard badań poligraficznych a praktyka polska*, [w:] *Badania poligraficzne w Polsce*, red. J. Widacki, Kraków 2014, s. 151-218.

¹⁵ Wyrok SN z dnia 10 maja 1982 r., II KR 82/82, OSNKW 1982, nr 10-11, poz. 78.

¹⁶ Wyrok SN z dnia 6 listopada 1987 r., IV KR502/86, OSNPG 1988, nr 8-9, poz. 87.

Powyższe nie oznacza jednak, że biegli mają zupełnie dowolność co do sposobu prowadzenia badań i nie podlegają w tym zakresie żadnej kontroli. W cyt. wyroku z dnia 6 listopada 1987 r. Sąd Najwyższy zaznaczył, że „strony mają prawo kontrolowania, czy wszystkie dostępne metody badawcze znane są biegłym i czy były wykorzystane”. Biegli muszą być przygotowani, aby swoje decyzje należyście uzasadnić. Niepisane granice dowolności biegłego przy wyborze metod stanowi: standardy naukowe, akceptacja wiarygodności środowiska naukowców zajmujących się danymi dziedzinami oraz wytyczne dominujących stowarzyszeń zawodowych.

3.3.1. Założenia teoretyczne dotyczące głównych technik badawczych

Poligraf (wariograf) zalicza się do wymienionej w art. 192a k.p.k. grupy środków technicznych mających na celu kontrolowanie nie wiadomych reakcji organizmu¹⁷. Standardowo rejestruje specyficzne, niewolicjonalne (kontrolowane przez autonomiczny układ nerwowy) zmiany reakcji fizjologicznych, w tym przede wszystkim: zmiany w cyklu oddechowym, zmiany ciśnienia krwi i tętna, zmiany w przewodności elektrycznej skóry, aktywność motoryczną (ruchy) badanego, a często także dodatkowo zmiany w objętości krwi w naczyniach krwionośnych koniuszka palca dłoni. Na podstawie uzyskanych zapisów biegły interpretuje sposób reagowania badanego przy udzielaniu odpowiedzi na pytania związane z przedmiotem badania.

Podejmowana przez człowieka jakakolwiek wiadoma próba wprowadzenia kogoś w błąd wywołuje niemożliwe do opanowania zmiany w reakcjach fizjologicznych. Zgodnie z koncepcją zróżnicowanego znaczenia (*differential salience*) poszczególne bodźce (pytania) zaprezentowane badanemu w tej samej poligraficznej są w różnym stopniu istotne dla badanego, mając owo zróżnicowane znaczenie¹⁸. Obserwowana fizjologicznie istotność jest funkcją podstawowych procesów psychologicznych związanych z emocjami, aktywnością poznawczą (selektywną

¹⁷ Podczas badania poligraficznego badany wiadomie udziela odpowiedzi na zadawane mu pytania. Rejestrowane reakcje organizmu są nie wiadome w tym sensie, że badany nie może ich kontrolować zgodnie z własną wolą, co wynika z funkcjonowania autonomicznego układu nerwowego.

¹⁸ Zob. S. Senter *et al.*, *Psychological Set or Differential Salience. A Proposal for Reconciling Theory and Terminology in Polygraph Testing*, „Polygraph” 2010, Vol. 39, No. 2, s. 109-117.

uwag, pamięci, wysiłkiem mentalnym) oraz uwarunkowaniem behawioralnym odnoszącym się do danego bodźca testowego¹⁹.

Najważniejszą z punktu widzenia badań poligraficznych pamięć autobiograficzna obejmuje historię życia człowieka, dotyczy zdarzeń umiejscowionych w konkretnym miejscu i czasie. Uwaga jest filtrem, który dokonuje wstępnej oceny napływających informacji i umożliwia skupienie się na danych istotnych dla odbiorcy.

Zróżnicowane pod względem rodzaju i siły emocje towarzyszą człowiekowi niemal w każdej sytuacji. Emocje wywoływane są u badanego w związku z cechami bodźca testowego (zazwyczaj treść i kontekst zadanego pytania). Ponadto pamięć przechowuje przebieg emocjonalny towarzyszący określonej sytuacji z przeszłości – zarówno te emocje, które człowiek sam jest w stanie wiadomo odczuwać i opisać (zakodowane w pamięci deklaratywnej), jak również pewien ogólny stan emocjonalny, którego nie da się scharakteryzować słowami (kodowany w pamięci emocjonalnej).

Natomiast uwarunkowanie behawioralne polega na tym, że w czasie określonego czynu powstaje pobudzenie emocjonalne jako reakcja bezwarunkowa związana z tym czynem i jego okolicznościami. Krytyczne pytanie testowe jest bodźcem warunkowym, który wywołuje pobudzenie emocjonalne, z jednej strony potencjalnie związane z czynnością kłamania, ponieważ relacja między kłamstwem a pobudzeniem emocjonalnym jest uwarunkowana w czasie socjalizacji, a z drugiej strony pobudzenie emocjonalne z powodu pytania krytycznego dotyczy czegoś takiego jak zdarzenie z przeszłości wiążące się z przywołaniem w pamięci podobnych stanów emocjonalnych i reakcji fizjologicznych, jakie wystąpiły w owym czasie²⁰.

Wyróżnia się dwie główne techniki badań poligraficznych: techniki pytań porównawczych (*comparison questions technique* - CQT) oraz techniki wiedzy o czynie (*guilty knowledge test* - GKT lub *concealed information test* - CIT).

Najczęściej stosowaną techniką psychofizjologicznej detekcji nieświerczności są testy CQT, w których zwraca się uwagę na różnice w reakcjach badanego na dwa typy pytań. Pierwszy to tzw. pytania relewantne, inaczej – krytyczne, związane, istotne (*relevant*), które są bezpo-

¹⁹ Zob. J. Kahn, R. Nelson, M. Handler, *An Exploration of Emotion and Cognition during Polygraph Testing*, „Polygraph” 2009, Vol. 38, No. 3, s. 184-197.

²⁰ Szerzej na ten temat: J. Wojciechowski, *Podstawy teoretyczne powstawania reakcji w czasie badań poligraficznych*, „Problemy Kryminalistyki” 2012, nr 276, s. 19-31.

przedmiotem post powania (np. czy to Pan zabrał jakkolwiek cz bi uterii Anny Nowak?).

Drugi typ to tzw. pytania porównawcze (*comparison*), inaczej - kontrolne, wystpujce w dwóch wersjach: z prawdopodobnym kłamstwem (*probable lie comparison* - PLC) i nakierowanym, poleconym kłamstwem (*directed lie comparison* - DLC). Pytanie PLC, które brzmi niejednoznacznie, jest tak zaprezentowane i w takim kontekście, by badany prawdopodobnie nie udzielił do końca szczerzej odpowiedzi (zazwyczaj przeczej). Ewentualnie zakres pytania jest na tyle szeroki, by badany nie miał całkowitej pewno ci, e niczego nie pomin ł, a je li nawet odpowie szczerze - takie pytanie b dzie wymagało wi kszego kognitywnego zaangażowania ni przy pytaniach relewantnych (np. czy kiedykolwiek post pił Pan nieuczciwie?). Z kolei pytanie DLC polega na tym, e badany otrzymuje instrukcj udzielania odpowiedzi fałszywych (niezgodnych ze swoj wiedz), co prowadzi do wywołania dysonansu poznawczego.

Zało enie jest takie, e osoba winna zareaguje w bardziej znaczący sposób na pytania relewantne, przy których ma wiadomo wprowadzania w b ł d, ni na relatywnie mniej dla niej wa ne pytania porównawcze. U osób niewinnych zwykle jest odwrotnie - silniejsze reakcje fizjologiczne wystpi przy pytaniach porównawczych, co do których b d nieszczerzy albo niepewni rzetelno ci udzielonej odpowiedzi, ni przy pytaniach relewantnych, na które odpowiadali zgodnie z prawd . W przypadku badanych odpowiadających w przeciwny sposób (tj. nieszczerych oraz prawdomównych) wystpuj odmienne poziomy istotno ci (odczuwanego zagrożenia) i kognitywnego zaangażowania, wynikające z trzech różnych kategorii pyta wykorzystywanych w testach z pytaniami porównawczymi, dlatego test typu CQT jest skuteczn metod identyfikacji.

Za najbardziej dokładny i aktualnie wysoce popularny w Polsce i na wiecie jest test jednopropblemowy²¹ w formie Utah ZCT (test porównania stref, opracowany przez Uniwersytet Utah), o redniej dokładno ci wynoszącej 90,2-93% (w zależności od rodzaju zastosowanych

²¹ W te cie jednopropblemowym pytania relewantne (krytyczne) s wzgl dem siebie zależne znaczeniowo. Nie ma wówczas logicznej mo liwo ci, by badany, kłami c na jedno pytanie, był równocześnie szczerzy przy drugim. Odwrotnie jest w te cie wielopropblemowym (przesiewowym), gdzie pytania relewantne s od siebie niezależne znaczeniowo, dotyczą różnych zdarzeń i czynów, a zatem badany może jednocześnie na cz pyta odpowiada zgodnie z prawd , a przy pozostałych próbować wprowadzić w b ł d. Z podobną sytuacją mamy do czynienia w przypadku testu wieloaspektowego, w którym pytania relewantne choć dotyczą jednego problemu, jednak e różnych jego aspektów (np. oprócz dokonania czynu, także planowania, pomocnictwa czy wiedzy o nim - a wi c okoliczno ci, które nie muszą współwystępować).

pyta porównawczych i systemu analizy danych testowych). Procedura przeprowadzania tego testu została szczegółowo opisana w czasopiśmie „Polygraph”²².

Techniki wiedzy o czynie stosuje się nieco rzadziej, głównie z powodu ograniczeń praktycznych wynikających z do niego zlecania badań poligraficznych i w konsekwencji zapominania szczegółów związanych ze zdarzeniem przez sprawców oraz poznawania okoliczności zdarzenia przez osoby niewinne za pośrednictwem mediów czy podczas przesłucha²³. A szkoda, bo test CIT/GKT, podobnie jak różne testy CQT, należy uznać za standaryzowany i dokładny. Ma określone zasady prezentowania bodców, formułowania pytań, metod analizowania danych testowych oraz reguły decyzyjne. Wyniki metaanalizy przeprowadzonej przez komitet APA ds. potwierdzonych naukowo technik wskazują, że test CIT/GKT, oceniany zgodnie z systemem Lykkena, charakteryzuje się średnią dokładnością na poziomie 82,3%²⁴. Z niektórych badań wynika jednak, że ten test z jednej strony jest bardzo użyteczny przy zmniejszaniu liczby błędnych identyfikacji pozytywnych, lecz z drugiej daje do wysoki odsetek rezultatów fałszywych negatywnych (14% w badaniach laboratoryjnych i 53% w badaniach terenowych)²⁵. W testach CIT/GKT wykorzystuje się wyłącznie dwa rodzaje bodców testowych: krytyczne (opisujące kluczowe szczegóły związane ze zdarzeniem) i kontrolne (dotyczące okoliczności, które faktycznie nie zaistniały, a dla osoby niewinnej są równie prawdopodobne jak klucz ukryty w sekwencji bod-

²² M. Handler, R. Nelson, *Utah Approach to Comparison Question Polygraph Testing*, „Polygraph” 2009, Vol. 38, No. 1, s. 15-30.

²³ Szerzej na temat znaczenia upływu czasu w kontekście możliwości przeprowadzenia badania poligraficznego i ewentualnego wpływu na jego wyniki zob. 3.6.

²⁴ *Meta-Analytic Survey of Criterion Accuracy of Validated Techniques. Report Prepared For The American Polygraph Association Board of Directors*, „Polygraph” 2011, Vol. 40, No. 4, s. 195-305.

²⁵ Na podstawie danych: P.O. Davidson, *Validity of the Guilty Knowledge Technique. The Effects of Motivation*, „Journal of Applied Psychology” 1968, Vol. 52, No. 1, s. 62-65; C.R. Honts, D.C. Raskin, J.C. Kircher, *Mental and Physical Countermeasures Reduce the Accuracy of Polygraph Tests*, „Journal of Applied Psychology” 1994, Vol. 79, No. 2, s. 252-259; D.T. Lykken, *The GSR in the Detection of Guilt*, „Journal of Applied Psychology” 1959, Vol. 43, No. 6, s. 385-388; D.C. Raskin, J.A. Podlesny, *Truth and Deception. A Reply to Lykken*, „Psychological Bulletin” 1979, Vol. 86, No. 1, s. 54-59; M. Steller, P. Haenert, W. Eiselt, *Extraversion and the Detection of Information*, „Journal of Research in Personality” 1987, Vol. 21, s. 334-342; E. Elaad, *Detection of Guilty Knowledge in Real-life Criminal Investigations*, „Journal of Applied Psychology” 1990, Vol. 75, No. 5, s. 521-529; E. Elaad, A. Ginton, N. Jungman, *Detection Measures in Real-life Criminal Guilty Knowledge Tests*, „Journal of Applied Psychology” 1992, Vol. 77, No. 5, s. 757-767.

ców). Jest to test z tzw. znanym rozwinięciem, co oznacza, że bodźce kluczowe są znane badającemu i możliwe do rozpoznania przez osobę mającą związek z danym zdarzeniem. Zakłada się, że osoba winna, która rozpoznaje bodźce krytyczne, będzie reagowała przy nich konsekwentnie w bardziej istotny sposób niż przy pozostałych bodźcach. Natomiast osoba bez związku ze sprawą, nieznaną rozwinięciem, będzie reagowała w poszczególnych seriach testu przypadkowo, o ile w ogóle wystąpi jakieś znaczące reakcje.

Pomocniczo, uzupełniając co stosuje się także inne techniki, w szczególności test szczytowego napięcia (*peak of tension* - POT) wykorzystywany jako test w celach wykrywczych, aby wydobyć nieznane okoliczności danego zdarzenia, naprowadzić na właściwy trop. Nie może służyć do wydania określonej opinii na temat szczytów badanego, ale bywa użyteczny w poszukiwaniu np. położenia ukrytych przedmiotów czy innych nowych informacji w sprawie. Dlatego nazywany jest testem poszukiującym, wydobywczym, pogłębiającym czy rozbicią.

Skuteczność testów rozpoznania (CIT, GKT, POT) jest konsekwencją różnicy w znaczeniu kluczowego bodźca względem pozostałych (neutralnych) z punktu widzenia osoby, która zna umieszczony w sekwencji bodźców (w postaci pytań, opisów przedmiotów, fotografii czy dźwięków) szczegół danego zdarzenia.

Testy ocenia się na podstawie potwierdzonych naukowo przesłanek diagnozowania różnymi metodami. Jedną z nich jest metoda wyłcznie jako ciowa, przestarzała i wysoce subiektywna, niejako „na oko”, przez co generuje często rozbieżności między ocenianymi. Drugą jest metoda numeryczna (jako ciowo-ilo ciowa), obiektywizowana. Reakcjom na pytania relewantne (krytyczne) przypisuje się w poszczególnych parametrach wartość liczbową.

W przypadku testów CQT, jeżeli bardziej znacząca reakcja wystąpiła wyraźnie przy pytaniu relewantnym, przyznaje się ocenę ujemną, a jeżeli w strefie pytania porównawczego - ocenę dodatnią. Gdy reakcje są zbliżone albo zakłócone przypisuje się im wartość 0. Oceny te przyznawane są w różnych skalach (3- i 7-pozycyjnej) na podstawie sztywno określonych kryteriów i progów decyzyjnych w trzech głównych systemach analizy danych testowych Uniwersytetu Utah, Rządu Federalnego Stanów Zjednoczonych oraz empirycznym systemie oceniania (*empirical scoring system* - ESS).

W testach GKT/CIT, zgodnie z systemem Lykken'a, ocenie podlegają wyłcznie zapisy reakcji elektrodermalnych. W tym przypadku przyznaje się punktację od 0 do 2 dla każdego z co najmniej trzech podtestów (zestawów pytań) i na podstawie sumy wyników ocenia się prawdopo-

dobie stwo posiadania przez badanego wiedzy na temat szczegółów zdarzenia b d tego przedmiotem badania²⁶.

3.3.2. Walidacja i warto diagnostyczna testów wykorzystywanych w badaniach poligraficznych

Testy wykorzystywane w badaniach poligraficznych uzyskały ogólną akceptację w naukowych dziedzinach psychologii i psychofizjologii oraz obszarach tych dyscyplin po wcześniejszym ocenie wiarygodności. Te testy, które rekomenduje się do badań dowodowych, mają znany poziom błędów i były przedmiotem licznych analiz, opublikowanych w niezależnie recenzowanych periodykach, m.in. „Journal of Forensic Sciences” i „Journal of Applied Psychology”. Na przykład w tym ostatnim odrzuca się 85% artykułów przesłanych przez autorów.

Badania naukowe prowadzono na dwa sposoby. Były to badania laboratoryjne oraz terenowe (dotyczące rzeczywistych spraw). Pierwszy rodzaj miał tę zaletę, że naukowcy mieli pełną kontrolę nad rodzajem badania, z góry wiadomo było na pewno, który z probantów mówił prawdę, a który kłamał, i losowo przydzielano badanych do różnych warunków, dzięki czemu ograniczano liczbę zmiennych mogących zakłócać rezultaty eksperymentów. Zazwyczaj badania poligraficzne dotyczyły zainscenizowanych przestępstw i przez to zarzuca się im niekiedy oderwanie od rzeczywistości, jednak przy odpowiednio zaprojektowanym scenariuszu eksperymentu naukowcy są zdolni odnieść jego wyniki do realnych warunków.

Alternatywnym podejściem były badania terenowe. Wówczas brano pod uwagę wyniki testów wykonanych w rzeczywistych sprawach. Problematyczną kwestią było ustalenie stanu faktycznego, tzn. którzy z badanych byli szczerzy, a którzy nie. Potrzebna była więc jakaś dodatkowa metoda, która to potwierdzała, i najczęściej brano pod uwagę, poparte innymi dowodami, przyznanie się badanego do popełnionego czynu, ewentualnie wyrok sądu.

Wysokiej jakości badania laboratoryjne przedstawionych w tab. 11 dowiodło, że testy CQT w sposób bardzo dokładny pozwalają zidentyfikować osoby odpowiadające na pytania relewantne szczerze i nieszczerze. W przypadku winnych uzyskano średnio 91% trafnych wskazań, a niewinnych - 89%. Wyników nierozstrzygających było odpowiednio: 11 i 7%.

Dostępną jest także, spełniającą wysokie standardy naukowe, analiza trafności wskazań przy badaniach poligraficznych przeprowadzonych

²⁶ Wicej na temat metod oceniania poligramów: *Współczesne standardy badań poligraficznych...*, op. cit., s. 26-44.

metod CQT w rzeczywistych sprawach. Poligramy z takich spraw oceniały albo niezależne osoby (zob. tab. 2), albo ci, którzy sami byli badającymi (zob. tab. 3).

W dwóch badaniach terenowych zastosowano nowatorskie podejście polegające na tym, że wykorzystano w analizach testy CQT przeprowadzone wobec par badanych przedstawiających wykluczające się wzajemnie zeznania, tzn. takie, z których wynika, że jeden podejrzany z całą pewnością mówił prawdę, a drugi na pewno kłamał. Avital Ginton z izraelskiej policji wziął pod uwagę 64 takie zestawy z akt ledczych, natomiast chińscy naukowcy (Mao *et al.*) mieli do dyspozycji 111 spraw. Po zastosowaniu odpowiednich obliczeń matematycznych, pierwszy z wymienionych ustalił, że w przypadku winnych uzyskano 94% trafnych identyfikacji, zaś w przypadku niewinnych - 84%. Natomiast u Chińczyków było to odpowiednio: 96% i 86%²⁷.

Generalnie można podsumować, że dane z wszystkich ww. badań naukowych silnie wspierają tezę o wysokiej dokładności testów CQT, czyli w granicach 90%. Co więcej, okazuje się, że oceniający poligramy, którzy sami przeprowadzali testy, podejmowali bardziej trafne decyzje niż niezależne osoby dokonujące tzw. lepszej oceny, a w procesie karnym to właśnie ci pierwsi sporządzają pisemne opinie, a potem zeznają na rozprawach (do wyjątków należą sytuacje, kiedy kwestionowana jest rzetelność opinii i powołuje się kolejnego biegłego).

Zgodnie z przygotowanym dla Instytutu Badań Poligraficznych Departamentu Obrony Stanów Zjednoczonych w 2001 r. raportem Philipa Crewsona, w którym przedstawiono analizę porównawczą wartości diagnostycznej badań poligraficznych i metod wykorzystywanych w medycynie oraz psychologii, średnio dokładność badań poligraficznych nie różniła się od diagnoz medycznych (po 86%) i przewyższała trafność opinii psychologicznych (70%). Poligraf był bardziej dokładny w detekcji nieszczeroty np. rentgen i rezonans magnetyczny w diagnozowaniu raka piersi czy lekarze diagnozujący stwardnienie rozsiane i psychologowie badający w kierunku zaburzeń osobowości i depresji. Odnotowano także najwyższy, wynoszący 91%, średni poziom zgodności pomiędzy ekspertami z zakresu badań poligraficznych - przy 88% zgodności psychologów i 81% lekarzy²⁸.

²⁷ A. Ginton, *A Non-standard Method for Estimating Accuracy of Lie Detection Techniques Demonstrated on a Self-validating Set of Field Polygraph Examinations*, „Psychology, Crime & Law” 2012, Vol. 19, No. 7, s. 577-594; Y.Y. Mao, Y.D. Liang, Z.Q. Hu, *Accuracy Rate of Lie-detection in China. Estimate the Validity of CQT on Field Cases*, „Physiology & Behavior” 2015, Vol. 140, s. 104-110.

²⁸ P.E. Crewson, *Comparative Analysis of Polygraph with Other Screening and Diagnostic Tools*, 12.06.2001, dostęp na: www.dtic.mil [stan na: 18.03.2015].

Tab. 1. Wyniki badań laboratoryjnych na temat trafności testów CQT

Opis opracowania	Winni (%)				Niewinni (%)			
	n	Prawidłowo	Błędnie	Nierozstrzygnięte	n	Prawidłowo	Błędnie	Nierozstrzygnięte
Driscoll <i>et al.</i> (1987)	20	90	0	10	20	90	0	10
Ginton <i>et al.</i> (1984)	2	100	0	0	13	85	15	0
Honts <i>et al.</i> (1994)	20	70	20	10	20	75	10	15
Honts <i>et al.</i> (2003)	24	92	0	8	24	92	8	0
Horowitz <i>et al.</i> (1994)	15	53	20	27	15	80	13	7
Kircher i Raskin (1988)	50	88	6	6	50	86	6	8
Patrick i Iacono (1989)	24	92	8	0	24	64	36	0
Podlesny i Raskin (1978)	20	70	15	15	20	90	5	5
Podlesny i Truslow (1993)	72	69	13	18	24	75	4	21
Raskin i Hare (1978)	24	88	0	12	24	88	8	4
Rovner <i>et al.</i> (1979)	24	88	0	12	24	88	8	4
średnia	26,8	82	7	11	23,5	83	10	7
Procent opinii		91	9	-		89	11	-

* L.N. Driscoll, C.R. Honts, D. Jones, *The Validity of the Positive Control Physiological Detection of Deception Technique*, „Journal of Police Science and Administration” 1987, Vol. 15, No. 1, s. 46-50; A. Ginton *et al.*, *A Method for Evaluating the Use of the Polygraph in Real-Life Situations*, „Journal of Applied Psychology” 1982, Vol. 67, No. 2, s. 131-137; C.R. Honts, S. Amato, A. Gordon, *Effects of Outside Issues On The Control Question Test*, „Journal of General Psychology” 2004, Vol. 131, No. 1, s. 53-74; C.R. Honts, D.C. Raskin, J.C. Kircher, *Mental and physical... op. cit.*; S.W. Horowitz *et al.*, *The Role of Comparison Questions in Physiological Detection of Deception*, „Psychophysiology” 1996, Vol. 34, No. 1, s. 108-115; J.C. Kircher, D.C. Raskin, *Human Versus Computerized Evaluations of Polygraph Data in Laboratory Setting*, „Journal of Applied Psychology” 1988, Vol. 73, No. 2, s. 291-302; C.J. Patrick, W.G. Iacono, *Psychopathy, The Real, and Polygraph Test Accuracy*, „Journal of Applied Psychology” 1989, Vol. 74, No. 2, s. 347-355; J.A. Podlesny, D.C. Raskin, *Effectiveness of Techniques and Physiological Measures in the Detection of Deception*, „Psychophysiology” 1978, Vol. 15, No. 4, s. 344-359; J.A. Podlesny,

C.M. Truslow, *Validity of an Expanded-Issue (Modified General Question) Polygraph Technique in a Simulated distributed-Crime-Roles Context*, „Journal of Applied Psychology” 1993, Vol. 78, No. 5, s. 788-797; D.C. Raskin, R.D. Hare, *Psychopathy and Detection of Deception in a Prison Population*, „Psychophysiology” 1978, Vol. 15, No. 2, s. 126; L.I. Rovner *et. al*, *Effects of information and practice on detection of deception*, „Psychophysiology”, No. 16, s. 197-198.

ródło: opracowanie własne na podstawie danych udostępnionych dzięki uprzejmości profesora Davida Raskina.

Tab. 2. Wyniki badań terenowych na temat trafności testów CQT ocenianych przez niezależne osoby

Opracowanie	Winni (%)				Niewinni (%)			
	n	Prawidłowo	Błędnie	Nierozstrzygnięte	n	Prawidłowo	Błędnie	Nierozstrzygnięte
Honts (1996)	7	100	0	0	6	83	0	17
Honts i Raskin (1988)	12	92	0	8	13	62	15	23
Patrick i Iacono (1991)	52	92	2	6	37	30	24	46
Raskin <i>et al.</i> (1988)	37	73	0	27	26	61	8	31
średnia	27	89	1	10	82	59	12	29
Procent opinii		98	2	-		83	17	-

* C.R. Honts, *Criterion Development and Validity of the Control Question Test in Field Application*, „Journal of General Psychology” 1996, Vol. 123, s. 309-324; C.R. Honts, D.C. Raskin, *A Field Study of the Directed Lie Control Question*, „Journal of Police Science and Administration” 1988, Vol. 16, No. 1, s. 56-61; C.J. Patrick, W.G. Iacono, *Validity of the Control Question Polygraph Test. The Problem of Sampling Bias*, „Journal of Applied Psychology” 1991, Vol. 76, No. 2, s. 229-238; D.C. Raskin *et al.*, *A Study of The Validity of Polygraph Examinations in Criminal Investigations. Final Report to the National Institute of Justice*, Salt Lake City 1988.

ródło: opracowanie własne na podstawie danych udostępnionych dzięki uprzejmości profesora Davida Raskina.

Tab. 3. Wyniki bada terenowych na temat trafno ci testów CQT ocenianych przez osoby przeprowadzaj ce testy

Opracowanie	Winni (% prawidłowych identyfikacji)	Niewinni (% prawidłowych identyfikacji)
Horvath (1977)	100	100
Honts i Raskin (1988)	92	100
Raskin <i>et al.</i> (1988)	95	96
Patrick i Iacono (1991)	100	90
Honts (1996)	94	100
rednia	98	97

* Poza ww. F. Horvath, *The Effects of Selected Variables on Interpretation of Polygraph Records*, „Journal of Applied Psychology” 1977, Vol. 62, No. 2, s. 127-136.

ródło: opracowanie własne na podstawie danych udost pnionych dzi ki uprzejmo ci profesora Davida Raskina.

Charles Honts i jego współpracownicy przeprowadzili badanie ankietowe dotycz ce stopnia akceptacji bada poligraficznych w rodowisku naukowym²⁹. W ród ankietowanych byli członkowie Towarzystwa Bada Naukowych nad Psychofizjologii (Society for Psychophysiological Research - SPR) oraz Ameryka skiego Towarzystwa Psychologii i Prawa (American Psychology - Law Society - APLS). Ponad 90% ankietowanych odpowiedziało twierdzo na pytanie czy opracowania na temat bada poligraficznych, publikowane w niezale nie recenzowanych czasopismach naukowych, s oparte na powszechnie akceptowanej metodologii. W granicach 70% naukowców oceniło m.in., e badanie poligraficzne jest tak samo, albo nawet bardziej, u ytecznym dowodem jak opinia psychologiczna na temat tego, czy dana osoba jest niebezpieczna. 72% członków APLS i 61% członków SPR stwierdziło, e w przypadku dopuszczenia dowodu z opinii biegłego z zakresu bada poligraficznych w post powaniu s dowym trafno orzecze zwi kszy si , albo pozostanie bez zmian. Mniejszo uznała, e si obni y.

W Polsce, wedle wiedzy autora, takiej analizy dotycz cej akceptacji bada poligraficznych w ród naukowców nie prowadzono. Wiadomo natomiast, e polscy prokuratorzy i s dziowie przypisuj badaniom poligraficznym bardzo nisk warto (w skali od 1 do 10 odpowiednio: 2,9 i 3,2). Drugi najni ej oceniany rodzaj bada kryminalistycznych, czyli identyfikacja osmologiczna, i tak uzyskał dwukrotnie wy sze oce-

²⁹ C.R. Honts *et al.*, *General Acceptance of the Polygraph by the Scientific Community. Two Surveys of Professional Attitudes. Paper Presented at the American Psychology-Law Society Biennial Meeting*, Austin (Tx) 2002.

ny (6,0 i 5,9). Z kolei najwyższym uznaniem obdarzono identyfikację genetyczną (9,82 i 9,7) oraz daktyloskopijną (9,81 i 9,5)³⁰. Takie a nie inne oceny wartości dowodowej badań poligraficznych przez prawników zapewne przyczyniają się do znikomej liczby zleceń w ramach postępowania karnych. Aczkolwiek nie można przynajmniej zarzucić badaniom poligraficznym, że odbiorcy opinii będąc przeciwni wartości tego dowodu i lekceważą inne. Nie do końca uzasadniony sceptycyzm widzą zresztą nie tylko w Polsce, ale także w kraju, w którym badania poligraficznych przeprowadza się najczęściej. Dr Charles Honts i jego studenci, absolwenci Uniwersytetu w Północnej Dakocie, porównali w latach 90. XX w. to, jak sądziwie przysięgli oceniali opinie biegłego z zakresu badań poligraficznych oraz opinie biegłego dotyczącej identyfikacji na podstawie testu z krwi. Zważywszy na rezerwę podchodzili do opinii z zakresu badań poligraficznych - nawet wtedy, gdy zostali poinformowani, że testy wykonane przez biegłych dwóch różnych specjalistów miały tę samą dokładność³¹.

Na powyższe negatywne przekonania polskich przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości wpływają różne czynniki: bezużyteczne opinie niektórych biegłych w przeszłości (głównie z powodu słabego wykształcenia), brak oficjalnych procedur licencyjnych skutkujących działalnością oszustów, niewiedza przedstawicieli organów procesowych na temat istoty badań poligraficznych, lakoniczne, a często błędne, informacje przekazywane w podręcznikach kryminalistyki.

W nieodległej przyszłości można jednak z optymizmem spodziewać się poprawy sytuacji. Przedstawione powyżej dane dotyczą lat 2005-2012, a w tym okresie i w kolejnych latach zaszły istotne zmiany w tej dziedzinie w Polsce i na świecie. Z kwestii globalnych warto wymienić: rozwój badań i analiz naukowych, włącznie z raportem APA na temat walidacji technik badań poligraficznych z 2011 r.; opracowanie precyzyjnych i potwierdzonych naukowo systemów oceniania zapisów na poligramach (ESS, algorytmy OSS-2, OSS-3); efekty programów z uwzględnieniem badań poligraficznych w nadzorze i terapii osób skazanych za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej w Stanach Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii³²; wzrost liczby ekspertów w różnych krajach, zrzeszonych w organizacjach lokalnych i przede wszystkim w APA.

³⁰ Zob. J. Moszczyński, *Subiektywizm w badaniach kryminalistycznych*, Olsztyn 2011, s. 205-206.

³¹ Informacja o eksperymencie przekazana korespondencyjnie przez prof. Davida Raskina.

³² Zob. A. Leszczyńska, *Użyteczność badań poligraficznych w terapii i kontroli osób skazanych za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej*, „Seksuologia Polska” 2013, t. 11, nr 2, s. 48-55.

Do 2008 r. polscy poligraferzy, z wyjątkiem może pojedynczych osób, nie uczestniczyli w pełnowymiarowych profesjonalnych szkoleniach specjalistycznych, które kończyłyby się egzaminem i wydaniem stosownego certyfikatu. Od tego momentu eksperci jednej z instytucji rządowych przechodzą regularne kursy doskonalenia zawodowego prowadzone przez instruktorów o uznaniu międzynarodowym. Ta dobra praktyka została przyjęta również przez inne instytucje na miarę ich możliwości organizacyjno-budowlanych. Pracownicy badań poligraficznych zostali doposażeni w nowoczesny sprzęt. Ponadto cykliczne spotkania merytoryczne o charakterze konsultacyjno-naukowym zaowocowały ujednoliceniem standardów prowadzenia badań. Wiąskowski ekspertów zaktualizowała się i przesyłała w PTBP i Polskim Stowarzyszeniu Poligraferów, choć należałoby, aby nie powstała jedna krajowa organizacja integrująca całe środowisko praktyków i naukowców w tej dziedzinie. Te wszystkie działania przyniosły ogromną poprawę jakości ekspertyz wykonywanych przez wykwalifikowanych poligraferów. Problem niejednolitego orzecznictwa sądów w kwestii dopuszczalności i znaczenia dowodu z opinii biegłego z zakresu badań poligraficznych powinno rozstrząsać kompleksowe cyt. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 2015 r. Od 2007 r. w Krakowie wydawane jest czasopismo „European Polygraph” utrzymujące bardzo wysoki poziom merytoryczny. W ostatnich kilku latach w Polsce powstały te trzy komplementarne wobec siebie monografie i prace zbiorowe poświęcone badaniom poligraficznym³³. Opublikowano liczne artykuły uwzględniające aktualny stan nauki, uwarunkowania prawne oraz standardy praktyki badań poligraficznych, wypełniając swoistą lukę w polskim piśmiennictwie i korygując niektóre błędne przekazy.

Kilku rzeczy jeszcze brakuje. Wzorem Stanów Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii warto rozważyć wdrożenie badań poligraficznych w procedurach nadzoru i terapii osób skazanych za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej³⁴. Z pewnością przydałoby się wprowadzenie do programów szkoleń doskonalenia zawodowego sędziów, prokuratorów i adwokatów, a także policjantów, wykładów na temat istoty, użyteczności oraz regulacji prawnych odnoszących się do badań poligraficznych. Zamyślam o samych poligraferach (w szczególności ze względu na podległych

³³ J. Konieczny, *Badania poligraficzne - podręcznik dla zawodowców*, Warszawa 2009; *Współczesne standardy badań poligraficznych*, op. cit.; *Badania poligraficzne w Polsce*, op. cit.

³⁴ Zob. M. Gołaszewski, *Użyteczność badań poligraficznych w ograniczaniu recydywy wśród sprawców przestępstw przeciwko wolności seksualnej*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 12, s. 5-22.

MSW i MON) powinien powstać centralny ośrodek szkolenia i kontroli jako ci badań polygraficznych. Wszystkich biegłych z tej specjalności (zwłaszcza prywatnych) powinny obowiązywać procedury licencyjne. Zawód polygrafa należy bowiem potraktować jak zawód zaufania publicznego. Konsekwencje tych badań, nawet je li dotyczą jedynie spraw osobistych i nie wiążą z odpowiedzialnością karną czy dyscyplinarną, mogłyby być bardzo dotkliwe. Mając na uwadze nieustanny rozwój badań naukowych nad różnymi metodami detekcji nieszczeroci, w tym badaniami polygraficznymi, ale także okulografii czy termografii, marzy się powołanie naukowego Instytutu Badań nad Oceną Wiarygodności.

3.3.3. Czy techniki badań polygraficznych nie powinny być poddane walidacji z udziałem polskiej populacji badanych?

Badania naukowe dotyczące wartości diagnostycznej badań polygraficznych były prowadzone na różnych populacjach i należy je uznać za fenomen międzykulturowy. Wbrew temu, co głoszą niektórzy z przeciwników tych badań, eksperymenty nie ograniczały się wyłącznie do populacji amerykańskiej. Jedno z najważniejszych badań naukowych, o randze światowej, odbyło się także w Polsce, na Uniwersytecie Jagiellońskim w latach 70. XX w. W rezultacie stwierdzono, że badania polygraficzne charakteryzują się nie mniej niż wartości diagnostyczne i użyteczności inne powszechnie uznane metody identyfikacji (zeznania świadka naocznego, badania daktyloskopijne, badania pisma ręcznego)³⁵. Poza Stanami Zjednoczonymi i Polską badania naukowe prowadzono m.in. w Izraelu, Islandii, Japonii, Chinach, Kanadzie, Iraku, Meksyku, Singapurze czy Kolumbii. Je li istniałyby różnice w reakcjach mierzonych za pomocą polygrafu i ocenach testów w zależności od kraju pochodzenia badanego, to niezbędne byłoby wskazanie, o jakie różnice chodzi i z czego one wynikają. Nie ma żadnego dowodu

³⁵ Eksperyment po raz pierwszy został opisany przez J. Widackiego w publikacji:

Wartość diagnostyczna badania polygraficznego i jej znaczenie kryminalistyczne, Kraków 1977. Następnie ten autor, wspólnie z F. Horvathem, opublikował wyniki w prestiżowym periodyku: *An experimental Investigation of the Relative Validity and Utility of the Polygraph Technique and Three Other Common Methods of Criminal Identification*, „Journal of Forensic Sciences” 1978, Vol. 23, No. 3, s. 596-601.

Rezultaty eksperymentu zostały też uwzględnione w raporcie Biura Oceny Technologii Kongresu USA z listopada 1983 r. na temat naukowej rzetelności badań polygraficznych - zob. *Scientific Validity of Polygraph Testing. A Research Review and Evaluation - a Technical Memorandum*, Congress of the United States: Office of Technology Assessment, Washington 1983, s. 69.

na istnienie odmiennie ci reakcji fizjologicznych i trafno ci testów u osób różnych narodowości. Mog natomiast występować pewne różnice i zwykłe i związane z wartościami kulturowymi, lecz aby miały one wpływ na trafność badań poligraficznych, testy wykorzystywane w badaniach poligraficznych musiałyby być wrażliwe na zmienne i zwykłe i kulturowe, a nic na to nie wskazuje. Jedyną adaptacją, której wymagają testy wykorzystywane w badaniach poligraficznych, dotyczy kwestii i zwykłych, a taka w polskim środowisku ekspertów została dokonana i nie budzi zastrzeżeń.

3.3.4. Od kiedy obowiązują dane dotyczące dokładności poszczególnych technik badawczych? Czy są zmienne?

Dane dotyczące dokładności technik badań poligraficznych wynikają z rozmaitych badań naukowych prowadzonych na przestrzeni lat w XX i XXI w. Brane są pod uwagę te, które spełniają naukowe standardy i zostały opublikowane w niezależnie recenzowanych czasopismach i monografiach naukowych. W rezultacie metaanalizy danych pochodzących z wielu badań powstały m.in. dwa ważne raporty podsumowujące średnią dokładność badań poligraficznych ogółem, a także różnych typów badań i poszczególnych technik badawczych. Jeden ze wspomnianych raportów wydała amerykańska National Research Council w 2003 r.³⁶ Potwierdzono wówczas wskaźnik dokładności badań poligraficznych prowadzonych w konkretnych sprawach wynoszący ok. 90%. Drugi raport został opracowany przez APA w 2011 r. i ten uznaje się aktualnie za najlepszy punkt odniesienia³⁷. Metaanaliza objęła 52 eksperymenty i analizy, w tym 12 665 wyników testów spośród 4283 badań z potwierdzonym stanem faktycznym. W raporcie znajduje się wykaz poddanych naukowej walidacji technik, rekomendowanych do badań dowodowych, konfrontacyjnych i dochodzeniowo-łedczych. Przyjato, że techniki wykorzystywane w badaniach dowodowych powinny spełniać kryteria minimalnej dokładności na poziomie 90% i maksymalnej ilości wyników nierozstrzygających na poziomie 20%. Jak w każdej innej dziedzinie nauki dane opublikowane w raporcie należy uznać za obowiązujące, dopóki ewentualne nowe wyniki dowodów naukowych nie zaowocują istotnymi zmianami.

³⁶ *The Polygraph and Lie Detection*, National Research Council, Washington 2003.

³⁷ *Meta-Analytic Survey of Criterion...*, *op. cit.*

3.4. Dobór i rodzaje pytań wykorzystanych w przeprowadzonych testach

Biegły z zakresu badań poligraficznych powinien formułować pytania zadawane w czasie testów na podstawie treści postanowienia o zasięgnięciu opinii, udostępnionych akt sprawy, ewentualnych konsultacji ze zlecniodawcą oraz wywiadu z samym badanym. Priorytetowo traktowane są te zagadnienia, które dla badanego mogą mieć największe znaczenie. Jeeli oskarżonemu o zastrzelenie człowieka bdiemy zadawali najpierw pytania o drobną kradzież, istnieje zwiększone ryzyko uzyskania rezultatu fałszywego negatywnego, ponieważ zagrożenie z powodu kradzieży jest znikome w stosunku do zabójstwa, chyba że owa kradzież bdię wspierała w jakiś sposób też o dokonany zabójstwo. Z tego powodu, a także ze względu na ograniczony czas prowadzenia badania, tworzy się więc pewną hierarchię problemów i może się zdarzyć, że jeeli biegłemu zlecono zweryfikowanie związku badanego z zabójstwem, gwałtem i kradzieżą, uda się w czasie jednego badania poruszyć jedynie zagadnienia bezpośrednio związane z tym pierwszym przestępstwem.

W testach poligraficznych, w zależności od reguł dotyczących poszczególnych technik badawczych, wykorzystuje się różne kategorie pytań. Do podstawowych należą pytania relewantne (krytyczne, związane), porównawcze (kontrolne) i neutralne (niezwiązane, nieistotne). W strukturze różnych testów uwzględnia się także inne pytania, tzw. techniczne, głównie wprowadzające, związane powicone i symptomatyczne.

Biegli w pisemnych opiniach często przedstawiają jedynie wykaz zadanych pytań relewantnych, pomijając pozostałe pytania (porównawcze, neutralne i inne). Dzieje się tak z dwóch powodów. Po pierwsze, tylko pytania relewantne dotyczą przedmiotu badania, a po drugie, biegli nie chcą ułatwiać dostępu do treści pytań porównawczych osobom, które planują zakłócić przebieg badania i muszą w tym celu rozpoznać tego typu pytania. Dlatego komplet pytań zamieszcza się wraz z załączonymi do opinii materiałami dodatkowymi (wydrukami poligramów), ewentualnie biegły musi być przygotowany do przedstawienia wszystkich pytań podczas przesłuchania na rozprawie. W żadnym wypadku nie może odmówić udzielenia informacji na prośbę sdu lub stron, ponieważ treść pytań porównawczych i innych może być przedmiotem kontroli merytorycznej przeprowadzonej ekspertyzy.

3.5. Wyjaśnienie przedstawionych rezultatów testów i ich prawdopodobieństwo błędów

Biegły z zakresu badań poligraficznych powinien przedstawić dane dotyczące wartości diagnostycznej zastosowanej techniki badawczej. Dodatkowo w przypadku technik CQT, jeżeli korzystał przy ewaluacji zapisów na poligramach z ESS, może obliczyć znaczenie statystyczne uzyskanego rezultatu testu. Podobna możliwość istnieje przy wykorzystaniu algorytmów komputerowych (m.in. OSS-2, OSS-3, Polyscore).

3.5.1. Trafność decyzyjna a znaczenie statystyczne uzyskanego rezultatu testu w analizie numerycznej

Wartość diagnostyczna testu poligraficznego jest rozumiana jako uzyskana empirycznie (w badaniach naukowych dotyczących potwierdzonych spraw) średnia dokładnie (trafność) danego testu - czyli liczba prawidłowych identyfikacji, z wyłączeniem wyników nierozstrzygniętych, skoro te ostatnie nie skutkują żadną decyzją. Natomiast znaczenie statystyczne (prawdopodobieństwo błędów) wyniku testu wylicza się na podstawie danych normatywnych właściwych dla populacji osób odpowiadających szczerze i nieszczerze (ewentualnie rozpoznających i nierozpoznających szczegółów ukrytych w tymże związanych z określonym zdarzeniem).

Istnieje istotna różnica między trafnością decyzyjną (dokładnością testu) a znaczeniem statystycznym uzyskanego rezultatu analizy numerycznej. Załóżmy, że przeprowadzono standaryzowany test w formacie US Federal You-Phase i na podstawie kryteriów systemu ewaluacji ESS uzyskano sumę całkowitą -8. W konsekwencji wydano opinię DI (*deception indicated*) - stwierdzono wprowadzanie w błąd) oznaczając, że osoba badana reagowała na pytania relewantne (krytyczne, związane) w sposób, jaki zwykle obserwuje się u osób odpowiadających nieszczerze. Dokładno testu You-Phase oszacowano empirycznie na 90,4%, zaś znaczenie statystyczne wyniku -8 wynosi 0,01 (innymi słowami, prawdopodobieństwo błędów dla tego rezultatu to 1%). Jakże jest zatem prawdopodobieństwo błędów wydanej opinii? 9,6% czy 1%? Prawidłowa odpowiedź brzmi: 9,6%. Ta wartość odnosi się bowiem do trafności decyzyjnej na temat szczerości badanego. Natomiast znaczenie statystyczne (wartość p) wynoszące w podanym przykładzie 0,01 oznacza, że jest bardzo mało prawdopodobne, by uzyskany rezultat testu (-8) pochodził z dystrybucji wyników testów przeprowadzonych wobec osób odpowiadających szczerze. Tylko 1% osób prawdomównych uzyskiwało wyniki

wynoszące -8 lub mniej. Mamy więc mocny wynik testu, ale prawdopodobieństwo, że ten konkretny badany znalazł się w niewielkiej grupie osób reagujących w sposób nietypowy, wynosi w dalszym ciągu 9,6%. Znaczenie statystyczne uzyskanego rezultatu analizy numerycznej odzwierciedla zatem jego moc, a nie trafność opinii stwierdzającej nieszczerstwo badanego w związku z tym rezultatem.

Na podstawie danych normatywnych właściwych dla poszczególnych rezultatów testów oraz przyjmowanej tolerancji błędów (wartość α - wynosząca zazwyczaj 0,05 przy stwierdzaniu nieszczerości) ustala się optymalne progi decyzyjne przy analizie numerycznej, zarejestrowanych na poligramach, zapisów reakcji badanego.

3.5.2. Kwestia szczerości i winy

Czasami zdarza się, że adwokat oskarżonego, wobec którego wydano opinię obciążającą, stara się niejako „podpuścić” biegłego i pyta wprost, czy zdaniem biegłego oskarżony kłamał albo czy jest winny zarzucanych mu czynów. Tymczasem biegły nie może wchodzić w zakres kompetencji sądu. Jeśli wyraziłby opinię na temat kłamstwa lub winy, dowód musiałby zostać odrzucony.

W kompetencjach biegłego nie leży stwierdzenie, czy badany kłamał czy nie. O tym, czy wyjaśnienia oskarżonego lub zeznania świadka zasługują na wiarę, zawsze decyduje sąd (zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów). Jednym z takich dowodów może być opinia biegłego z zakresu badań poligraficznych, który odnosi się wyłącznie do zmian reakcji fizjologicznych zarejestrowanych w kontekście udzielania przez badanego odpowiedzi na konkretne pytania testowe. Dysponując wiadomościami specjalnymi w zakresie kryteriów diagnostycznych przy badaniach psychofizjologicznych oraz reprezentatywnych danych statystycznych dla różnych populacji, biegły może ocenić - w zależności od zastosowanej techniki badawczej - czy zapisy reakcji badanego przy pytaniach krytycznych (relewantnych) są takie jak zwykle występujące u osób odpowiadających szczerze lub nieszczerze, ewentualnie, czy reakcje są typowe dla osób rozpoznających pewne szczegóły związane z danym zdarzeniem czy też dla osób nierozpoznających takich szczegółów³⁸. Natomiast to sąd wyciąga dalej idące wnioski co do stanu faktycznego, tj. do którego zbioru należał badany, wikszość osób reagujących w sposób typowy czy jednak reagujących nietypowo, w granicach błędów statystycznego.

³⁸ M. Gołaszewski, *Badania poligraficzne w polskim procesie...*, *op. cit.*

3.5.3. Błędy w badaniach poligraficznych

W badaniu poligraficznym podstawowe znaczenie ma tzw. czynnik ludzki, a co za tym idzie - potencjalne błędy po stronie osób prowadzących badanie oraz zachowania badanych wpływające na prawidłowo procedury badania. Pod tym względem badania poligraficzne nie różnią się szczególnie np. od badań psychologicznych czy niektórych badań medycznych. Błędy popełniane przez poligraferów mogą dotyczyć m.in. sposobu przeprowadzenia wywiadu przedtestowego (np. zbyt krótko), zastosowanych technik badawczych (w tym np. niewłaściwych sekwencji bodźców testowych), konstrukcji pytań, rejestrowania danych testowych, dokonywania oznaczeń na poligramach, analizy zapisów na poligramach czy formułowania wniosków końcowych³⁹.

Błędami może skutkować także zakwalifikowanie do badania poligraficznego osoby, która nie nadaje się do poddania takiemu badaniu, np. nie rozumie pytań i poleceń z powodu bariery językowej lub upośledzenia, ma zaburzenia psychiczne lub inne poważne dolegliwości zdrowotne, znajduje się w stanie silnego wzburzenia emocjonalnego tu po brutalnym przesłuchaniu.

Osobnym problemem są zachowania osób badanych mające na celu uniemożliwienie uzyskania prawidłowego wyniku badania poligraficznego, które określa się mianem rodków zakłócających. To zagadnienie szerzej omówiono w dalszej części niniejszego opracowania (zob. 3.9).

Jeżeli spełnione są warunki dopuszczenia badanego do badania, a ekspertyza przeprowadzona jest w sposób prawidłowy, zgodny z obowiązującymi standardami, to poza ww. okolicznościami źródła potencjalnych błędów nie są dobrze znane.

3.6. Upływ czasu od weryfikowanego zdarzenia do momentu przeprowadzenia badania

Upływ czasu nie jest przeszkodą, o ile pytania testowe nie dotyczą takich pobocznych kwestii dotyczących weryfikowanego zdarzenia, które mogły zostać przez badanego w łatwy sposób przeoczone lub zapomniane. W takim przypadku przeprowadzenie badania byłoby problematyczne nawet w krótkim czasie od zdarzenia. Testy powinny skupiać się na aspektach, które można było wyraźnie zapamiętać.

Wraz z upływem czasu od momentu popełnienia przestępstwa, a zwłaszcza po przeprowadzeniu różnych czynności procesowych (np.

³⁹ Szerzej na ten temat: *Współczesne standardy badań poligraficznych...*, op. cit., s. 104-109.

przesłuchania, okazania, wizji lokalnej), zostają natomiast zredukowane możliwości taktyczne eksperta z zakresu badań poligraficznych związanych z doborem technik badawczych. Z jednej strony rzeczywisty sprawca pamięta coraz mniej szczegółów na temat danego zdarzenia, a z drugiej strony osoby nietrafnie zaliczone do kręgu osób podejrzanych mogą mimochodem zapoznać się z kluczowymi informacjami przenikającymi do mediów oraz przekazywanymi podczas czynności procesowych (głównie przesłuchań). W ten sposób utracona zostaje możliwość zastosowania testów sprawdzających wiedzę badanego o czynie. Nie ma natomiast żadnych dowodów naukowych wspierających tezę, że badanie poligraficzne zawsze staje się bezwartościowe wraz z upływem czasu. Testy GKT/CIT nie są jedynymi technikami badawczymi, którymi posługuje się wykwalifikowany biegły. Istnieje wiele testów porównawczych do wykorzystania w dowolnym momencie, nawet jeżeli badany zna już okoliczności sprawy, a od zdarzenia minął długi czas.

3.7. Kwestie zdrowotne i ewentualny wpływ zażywanych leków

Możliwość przeprowadzenia miarodajnej ekspertyzy z zakresu badań poligraficznych z pewnością wyklucza zaburzenia psychiczne, w tym np. stany psychozy, ponadto poważne schorzenia neurologiczne, kardiologiczne i związane z układem oddechowym, a także wszelkie stany chorobowe związane z odczuwaniem przez badanego silnego fizycznego cierpienia.

Za deklarację dotyczącą aktualnego stanu zdrowia odpowiada sam badany, rozważając udzielenie zgody na poddanie badaniu psychofizjologicznemu. Biegły ocenia jedynie, czy nie ma jakichś wyraźnie dostrzegalnych przeciwwskazań do przeprowadzenia badania. Może dodatkowo, choć nie musi, dokonywać pomiarów ciśnienia krwi i tętna. W razie wątpliwości zaleca badanemu konsultację lekarską.

Podczas przesłuchań biegłych z zakresu badań poligraficznych często padają pytania o wpływ padaczki alkoholowej i generalnie alkoholizmu badanego na wyniki badania. Epilepsja byłaby problemem, jeżeli atak wystąpiłby w czasie weryfikowanego incydentu albo w trakcie testów poligraficznych. Poza tym nie ma większego znaczenia, zwłaszcza jeżeli chory zażywa odpowiednie leki. Natomiast, jeżeli chodzi o alkohol, z oczywistych względów badany nie może znajdować się w stanie upojenia w trakcie badania. Ponadto, jeżeli badany był pijany w czasie zdarzenia, które stanowi przedmiot badania, należy upewnić się, czy nie doszło do utraty wiadomości związanej z nadużyciem alkoholu i poważnych luk w pamięci. Jeżeli nie stwierdzono niepoczytalności w trakcie czynu,

a badany w wywiadzie przedstawia dostateczną liczbę informacji dotyczących czasu zdarzenia, nie ma przeciwwskazań do przeprowadzenia testów z wykorzystaniem poligrafu.

Może się zdarzyć, że mamy do czynienia z badanym, który stale zażywa leki zaordynowane przez lekarza w związku z jakąś chorobą lub samodzielnie zażył coś incydentalnie z powodu przebiegających dolegliwości lub zamiaru zmanipulowania zapisów reakcji fizjologicznych rejestrowanych przez poligraf. Różne rodzki farmakologiczne mogą wpływać na układ nerwowy czy naczyniowo-sercowy. Osoby badane są pytane w wywiadzie o leki. W dostępnych bazach danych dotyczących do oprogramowania do prowadzenia badań poligraficznych znajdują się informacje o wpływie różnych substancji na poszczególne parametry fizjologiczne. Biegły bierze to pod uwagę. A jeżeli badany nie zadeklaruje z premedytacją tego, co zażył? Jeżeli dawka jakiegoś leku była na tyle duża, aby spowodować odstępstwo od normy zapisy reakcji fizjologicznych, ekspert powinien to zauważyć. Jeżeli poligramów nie można na prawidłowo ocenić, badanie należy przerwać i jeżeli istnieje taka możliwość, to powinien skierować badanego na testy laboratoryjne. Jeżeli mimo podejrzenia zastosowania rodków farmakologicznych, badany zachowuje zdolność do reagowania choćby w niewielkim stopniu, badanie można kontynuować, ponieważ nie istnieje taki rodek, który pozwalałby na wywołanie lub stłumienie reakcji tylko przy określonym pytaniu testowym. Wszelkie rodzki farmakologiczne wpływają bowiem na ogólny stan organizmu, a więc zwiększają lub zmniejszają pobudzenie fizjologiczne. Poligraf rejestruje zmiany w reakcjach fizjologicznych i nie ma więc żadnego znaczenia, czy zachodzi przy wysokim czy niskim ogólnym pobudzeniu fizjologicznym.

3.8. Czynniki psychologiczne

Mówi się o czynnikach psychologicznych w kontekście badań poligraficznych, najczęściej pojawiają się pytania o znaczenie ogólnego pobudzenia emocjonalnego (zdenerwowania, stresu odczuwanego przez badanego) o iloraz inteligencji i możliwość przeprowadzenia badań wobec psychopatów. W przypadku tych ostatnich mamy do czynienia z sytuacją, w której badany nie będzie odczuwał lęku czy zagrożenia z powodu konsekwencji swoich czynów, ale zachowuje zdolność odróżniania rzeczywistości od fikcji. Poczucie zagrożenia nie jest warunkiem koniecznym zaistnienia istotnych zmian w reakcjach fizjologicznych badanego przy pytaniach relewantnych (krytycznych). Wystarczy wywołanie ewentualnego dysonansu poznawczego w konsekwencji udzielenia przez bada-

nego sprzecznej odpowiedzi w stosunku do tego, co wie i zapami tał. Obiegowe opinie o tym, e psychopaci, patologiczni kłamcy, socjopaci czy osoby z bogat kartotek kryminaln nie mog by skutecznie przebadani za pomoc poligrafu, nie maj odzwierciedlenia w faktach naukowych⁴⁰.

Nie jest natomiast znany ewentualny wpływ na przebieg badania takich cech osobowo ci jak introwersja czy ekstrawersja. Wydaje si , e ma to niewielkie znaczenie przy procesach fizjologicznych rejestrowanych przez poligraf. Ró nice w osobowo ci badanych mog natomiast przejawia si w wywiadach prowadzonych przed etapem testów i rozmowach po testach. Wymaga to jedynie elastycznego podej cia ze stro ny biegłego w technikach prowadzenia wywiadu.

3.8.1. Zdenerwowanie, poziom stresu odczuwanego przez badanego

Zdenerwowanie nie powinno negatywnie wpływa na przebieg prawidłowo przeprowadzonego badania, uwzgl dniaj cego odpowiedni wywiad przedtestowy i test zapoznawczy (demonstracyjny). Wi kszo badanych bywa podenerwowana czy podekscytowana badaniem, lecz poligraf nie jest miernikiem stresu. O wynikach testów decyduj specyficzne zmiany w reakcjach fizjologicznych na bod ce (pytania), którym badany przypisuje okre lone znaczenie. Mo e si natomiast zdarzy , e pobudzenie emocjonalne badanego b dzie tak du e, e na poligramach nie uda si zarejestrowa na tyle klarownych zapisów, aby wyda jednoznaczni opini . Testy nierozstrzygni te z definicji nie wnosz jednak niczego w procesie decyzyjnym, ani na korzy , ani na niekorzy osoby badanej.

3.8.2. Iloraz inteligencji

Biegły powinien mie pewno , e osoba badana rozumie zadawane pytania i procedur badania. Eksperci ró ni si w pogl dach na temat granicznego poziomu ilorazu inteligencji (IQ), poni ej którego nie nale y przeprowadza bada poligraficznych. Jedni mówi , e jest to 70⁴¹, inni - 80⁴². Wytyczne APA wskazuj natomiast na zaskakuj co niski minimalny poziom IQ równy 55⁴³.

⁴⁰ Zob. D.C. Raskin, R.D. Hare, *Psychopathy and Detection...*, *op. cit.*

⁴¹ Zob. S. Abrams, E. Weinstein, *The Validity of the Polygraph with Retardates*, „Journal of Police Science and Administration” 1974, Vol. 2, No. 1, s. 11-14.

⁴² Pogl d wyrażony przez do wiadzonego eksperta, naukowca zwi zanego z Uniwersytetem Utah, prof. Davida Raskina w prywatnej korespondencji z autorem.

⁴³ *Model Policy for the Evaluation of Examinee Suitability for Polygraph Testing*, „Polygraph” 2012, Vol. 41, No. 4, s. 205-208.

3.9. „Oszukiwanie poligrafu”, zakłócanie przebiegu badania

Przez pojcie rodków zakłócających rozumiane s zachowania osób badanych mające na celu uniemożliwienie uzyskania prawidłowego wyniku badania poligraficznego. Dzielimy je na rodki fizyczne (np. ruchy mięśni), farmakologiczne (np. leki uspokajające) i mentalne (np. racjonalizacja). Potencjalne działania tego typu mogłyby być zorientowane na wpłynięcie na ogólny stan organizmu podczas badania (np. dysocjacja, obniżenie pobudzenia fizjologicznego przez wyczerpanie adrenalinowe czy leki na nadciśnienie) lub wytworzenie zmian reakcji fizjologicznych w konkretnym punkcie danego testu (np. sprawianie sobie bólu, przeładowanie poznawcze).

Główny metod zakłócania badania, o której wiadomo, może mieć zniekształcający wpływ na wyniki testów porównawczych, s rodki fizyczne podejmowane punktowo przy konkretnych pytaniach. Wystarczającym antidotum jest jednak obowiązkowe wyposażenie poligrafu w czujnik aktywności motorycznej badanego. Z kolei rodki wpływające na ogólny stan organizmu badanego mogą skutkować co najwyżej brakiem rozstrzygnięcia danego testu, ale nie spowodują fałszywego rezultatu, ponieważ pobudzenie fizjologiczne będzie mniejsze lub większe dla wszystkich kategorii pytań testowych. Regulacja czułości czujników poligrafu pozwala na dostosowanie jakości zapisów do aktualnego pobudzenia fizjologicznego badanego. Ekspert analizuje jedynie zmiany reakcji, a nie bezwzględne wartości wyrażone w odpowiednich jednostkach miary i nie ma znaczenia, na jakim poziomie te zmiany zachodzą.

Bardziej podatne od testów porównawczych na skuteczne zakłócenia s testy wiedzy o czynie (GKT/CIT) oraz do popularne, choć nierekomendowane do badań dowodowych, testy szczytowego napięcia (POT) oraz „pytania związanych i niezwiązanych” (R/I). W tych przypadkach rodki obniżające ogólne pobudzenie fizjologiczne mogą okazać się wystarczające, by stłumić reakcje na pytania relewantne (krytyczne), których nie ma do czego porównać.

Wykwalifikowany ekspert powinien zdiagnozować symptomy o charakterze naiwnych i rednio skomplikowanych prób zakłócania. Trudniejsze zadanie stoi przed biegłym w przypadku badanego przeszkolonego z metod zaawansowanych⁴⁴. Trzeba jednak zaznaczyć, że aktualny stan nauki nie wskazuje na to, by istniały metody dające gwarancję skutecznego doprowadzenia do fałszywych rezultatów badania. Pamiętajmy, że poligraf rejestruje niewoljonalne reakcje organizmu. Możliwe

⁴⁴ Więcej na temat metod zakłócania badań poligraficznych i rodków zaradczych: *Współczesne standardy badań poligraficznych...*, op. cit., s. 115-125.

wydaje si jedynie zwi kszenie do pewnego stopnia szans niektórych osób na potocznie zwane oszukanie poligrafu. Wymaga to jednak selekcji osób o okre lonych predyspozycjach oraz poddania długotrwałemu szkoleniu z dost pem do specjalistycznego sprz tu i pod nadzorem wysokiej klasy eksperta. W praktyce potencjalna działalno tego typu pozostaje jedynie domen słu b specjalnych i je eli podnosi si temat ewentualnych zakłóce , to warto zdroworozdkowo rozwa y , czy badany (podejrzany, oskar ony, wiadek) miał w ogóle realne szanse na odbycie tak skomplikowanego szkolenia.

3.10. Inne zagadnienia

Czy udział badanego w podobnym zdarzeniu mo e mie wpływ na wyniki badania dotycz cego innego pod wzgl dem czasu i miejsca, ale podobnego co do znamion czynu (np. molestowanie seksualne, kradzie)?

Przy prawidłowo sformułowanych pytaniach relewantnych (krytycznych) to nie powinno mie wpływu. Pytania dotycz ce zarzucanego czynu musz by precyzyjne i dokładnie omówione, ze wskazaniem czasu i miejsca, o które chodzi. Je li badany brał udział w podobnym zdarzeniu w innym czasie, mo e je kojarzy z jakim pytaniem testowym, ale ma wiadomo , e przedmiot badania jest jednak inny. Dodatkowo badanego instruuje si , aby przekazał biegłemu wszelkie mo liwe skojarzenia i w tpliwo ci zwi zane z poszczególnymi pytaniami. Je li tego nie robi, to znaczy, e nie podporz dkowuje si instrukcjom i ponosi odpowiedzialno za wynik badania - tym bardziej e po rozmowie przedtestowej wie ju , na czym to badanie polega i jakie warunki nale y spełni , aby osoba prawdopodobna pomy lnie przeszła przez t procedur .

Marta Grzybowska

Regionalizacja w Polsce jako przeciwwaga dla centralizacji administrowania państwem oraz czynnik decydujący o rozwoju lokalnym

Tendencje decentralizacyjne w administrowaniu państwem wystąpiły w Polsce już w okresie międzywojennym, po odzyskaniu własnej państwowości po 123 latach niewoli. Ówczesne koncepcje dokonania zmian w podziale terytorialnym kraju oraz dotyczące form decentralizowania zarządzania jego obszarem zostały przeanalizowane m.in. przez autorkę artykułu w monografii dotyczącej tego zagadnienia¹.

Od 1990 r. nastąpiła w III RP restytucja samorządu terytorialnego, wzorowanego na koncepcjach samorządowych okresu międzywojennego, ale także oparta na rozwiązaniach zawartych w Europejskiej Karcie Samorządu Lokalnego (EKSL)² oraz na zasadach tworzenia i funkcjonowania

¹ Por. M. Grzybowska, *Decentralizacja i samorząd w II Rzeczypospolitej (aspekty ustrojowo-polityczne)*, Kraków 2003; także: *eadem*, *Koncepcje regionalistyczne a podział terytorialny Rzeczypospolitej Polskiej w okresie międzywojennym*, „Samorząd Terytorialny” 2005, z. 6, s. 31-46.

² Europejska Karta Samorządu Lokalnego, sporządzona w Strasburgu dnia 15 października 1985 r., w Polsce weszła w życie dnia 1 marca 1994 r. po ratyfikacji przez rząd RP (Dz.U. z 1994 r. Nr 124, poz. 608).

wania regionów określonych Europejską Kartą Samorządu Regionalnego (EKSR)³.

Porównując datę ratyfikowania w Polsce EKSL (1 marca 1994 r.) z datą uchwalenia pierwszej ustawy o samorządzie terytorialnym (8 marca 1990 r.), można stwierdzić, iż ówczesni reformatorzy znacznie wyprzedzali oficjalne przyjęcie zapisów EKSL przez parlament. Okres fascynacji i entuzjazmu związane z budowaniem nowego ustroju państwa nie trwały zbyt długo, jak wskazywały na to pierwsze działania legislacyjne nowego parlamentu. Los kolejnych ustaw samorządowych zależał od niepewnych koalicji i niechęci niektórych stronnictw politycznych (np. PSL) do oddawania władztwa na rzecz struktur lokalnych. Po wielu latach i stosowaniu pewnych forteli, o czym świadczy uczestnik tych zmagani i współautor reformy samorządowej⁴, udało się, dzięki determinacji rzecznika Jerzego Buzka ze wsparciem SLD, doprowadzić do końca reformy decentralizacyjnej państwa. Między innymi od jej realizacji uzależnione były starania Polski o przystąpienie do struktur Unii Europejskiej.

Uchwalenie kolejnych ustaw samorządowych poprzedziło uchwalenie 2 kwietnia 1997 r. Konstytucji III RP⁵, która, zgodnie z zapisami EKSL, usankcjonowała pozycję ustrojową samorządu powszechnego. W Konstytucji poświęcone temu zapisy art. 15 (o decentralizacji władzy publicznej), art. 16 (o realizowaniu władzy publicznej przez wspólnoty samorządowe) oraz rozdział VII *Samorząd terytorialny* (art. 163-172). Zasadnicze znaczenie ma tu zapis art. 163, wskazujący na domniemanie kompetencji w administrowaniu w państwie na rzecz samorządu terytorialnego oraz zapis art. 164 ust. 3, wskazujący na domniemanie kompetencji w różd jednostek samorządowych na rzecz gminy. Wobec braku postępu we wprowadzaniu dalszych form decentralizacji administrowania państwem ustawodawca konstytucyjny zawarł w art. 165 do 172 tylko ogólne regulacje odpowiadające zasadom realizacji samorządności zawartym w EKSL.

³ Europejska Karta Samorządu Regionalnego, przyjęta przez IV sesję Kongresu Władz Lokalnych i Regionalnych w dniach 3-5 czerwca 1997 r. w Strasburgu, nie ratyfikowana przez Polskę.

⁴ Por. J. Regulski, *Samorząd III Rzeczypospolitej. Koncepcje i realizacja*, Warszawa 2000; *idem*, *Reformowanie państwa. Moje doświadczenia*, Szczecin 2007, a także: *Reforma samorządowa. Materiały różdowe 1980-1990*, wyd. Fundacja Rozwoju Demokracji Lokalnej, Warszawa 2000.

⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze sprost.).

5 czerwca 1998 r. Sejm RP uchwalił ustawę o samorządzie powiatowym⁶ oraz ustawę o samorządzie województwa⁷, zamykając drugi etap decentralizowania struktur administrowania państwem. W tym momencie w Polsce pojawił się regionalizm jako forma administrowania sprawami publicznymi. Polska skorzystała z doświadczeń europejskich, a przede wszystkim francuskich, gdzie dochodzenie do struktur samorządu regionalnego poprzez przekształcanie administracji rządowej w pełny samorząd zajęło 27 lat⁸. Parlamentarzyści, a wśród nich członkowie Fundacji Rozwoju Demokracji Lokalnej, przejęli wypracowane wzorce działania, wspierając się także - jako wzorcem - zapisami Europejskiej Karty Samorządu Regionalnego (EKSRR).

Zgodnie z zapisami ustawy o samorządzie województwa oraz EKSRR region jest jednostką samorządową, zwięźciem osób zamieszkujących obszar województwa. Podział terytorialny obszaru państwa polskiego na 16 województw⁹ dał podstawę do utworzenia 16 samorządowych jednostek regionalnych. W fazie przygotowawczej optowano za utworzeniem 10 silnych jednostek, ale ambicje lokalne doprowadziły do podziału terytorium kraju na 16 części, a tym samym - do utworzenia mniejszych, słabszych wobec władzy centralnej regionów.

Ustawodawca nie podał w ustawie definicji regionu samorządowego, wskazując jedynie, iż mieszkańcy województwa tworzą z mocy prawa regionalną wspólnotę samorządową (art. 1 ust. 1 u.s.w.). Istotą regionu jako jednostki samorządowej oraz jego pozycję ustrojową w państwie określa art. 3 ust. 1 EKSRR, stanowiący, iż :

Samorząd regionalny oznacza prawo i zdolność **najwyższych terytorialnych jednostek władzy w obrębie każdego państwa**, mających wybieralne organy, **administracyjnie umieszczonych między rządem centralnym a samorządem lokalnym** i posiadających prerogatywy albo wynikające z samoorganizacji albo typu zwykle przypisywanego rządowi centralnemu, do zarządzania na własną odpowiedzialność i w interesie mieszkańców zasadniczych części spraw publicznych, zgodnie z zasadą subsydiarności [wyłączenie - M.G.].

⁶ Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz.U. z 1997 r. Nr 91, poz. 578 ze zm.).

⁷ Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz.U. z 1998 r. Nr 91, poz. 576 ze zm.) - dalej także jako u.s.w.

⁸ Pomiędzy 1955 r. a 1972 r. była to forma dekoncentracji administracji rządowej (17 lat), w okresie 1972-1982 funkcjonowała osoba prawna w postaci publicznego zakładu terytorialnego (10 lat), a od 1982 r. funkcjonuje model zdecentralizowanej jednostki regionalnej posiadającej osobowość prawną.

⁹ Ustawa z dnia 24 lipca 1998 r. o wprowadzeniu zasadniczego trójstopniowego podziału terytorialnego państwa (Dz.U. z 1998 r. Nr 96, poz. 603).

EKSR wskazuje także na uprawnienie do prowadzenia przez regiony „własnej, specyficznej dla każdego regionu polityki regionalnej” (art. 4 ust. 3). Pozycja regionu została określona jako łącznik pomiędzy rzędem a samorządami niższych szczebli.

Dla określenia pozycji ustrojowej współczesnego regionu istotne jest to, iż EKSR w preambule wyraźnie stanowi, że region ma zapewnić „stworzenie administracji skutecznej i bliskiej obywatelowi”. Pamiatając silny, XIX-wieczny regionalizm polityczny i tendencje separatystyczne, sygnatariusze Karty wyraźnie wskazali na rolę regionu jako jednostki administracyjno-zarządczej, wykluczając jej ambicje polityczne. Taki zapis został wzmocniony wskazaniem w preambule EKSR, że „uznanie samorządności regionalnej pociąga za sobą **lojalność w stosunku do państwa**, którego regiony są częścią zwłaszcza w odniesieniu do jego suwerenności i integralności terytorialnej” [wyłączenie - M.G.]. Pozostałe zasady zawarte w Karcie to: zasada subsydiarności, zarządzania poprzez wybieralne organy, posiadania własnych źródeł dochodów i samodzielności finansowej oraz zarządczej, ustawowego określenia kompetencji regionu, prowadzenia własnej polityki regionalnej, wprowadzenia finansowego mechanizmu wyrównawczego, ochrony granic jednostki samorządowej oraz jej statusu prawnego czy realizacji nadzoru przez państwo.

Zostały one inkorporowane do ustawy o samorządzie województwa określającej, zgodnie z zasadą subsydiarności zadania własne regionu oraz do innych ustaw określających zadania województwa samorządowego¹⁰.

Odmienne od szczebla gminnego i powiatowego region - województwo samorządowe nie zajmuje się obsługą indywidualnych spraw mieszkańców, ale zostało zorientowane na podejmowanie działań na rzecz rozwoju swojego obszaru. Stąd wspomniana zasada prowadzenia własnej polityki regionalnej „specyficznej dla każdego regionu” (art. 4 ust. 3 EKSR, a także art. 11 ust. 2 u.s.w.). To stwierdzenie wskazuje wyraźnie, że po okresie prób tworzenia przez wielu rządzących iluzji o jednolitości struktury państwa, uznano, iż ich częścią składowe różni się znacznie między sobą i mają prawo dostosowywać podejmowane przez siebie działania do specyfiki danego obszaru i oczekiwań jego

¹⁰ Por. ustawa z dnia 13 października 1998 r. - Przepisy wprowadzające ustawy reformujące administrację publiczną (Dz.U. z 1998 r. Nr 133, poz. 87); ustawa z dnia 23 stycznia 2009 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze zmianami w organizacji i podziale zadań administracji publicznej w województwie (Dz.U. z 2009 r. Nr 92, poz. 753 ze zm.).

mieszkańców. Regiony tworzyły się bowiem jako struktury odmienne gospodarczo, etnicznie, historycznie. Różniły się także otwartością na współpracę z innymi obszarami i przyjmowaniem ich rozwiązań organizacyjnych. To różnicowanie nadal pozostaje i stanowi powód do dumy i identyfikacji ich mieszkańców. Regionalizm administrowania, w tym prowadzenie polityki regionalnej, stanowi obecnie zasadniczy element przeciwwagi dla podejmowania decyzji przez organy władzy centralnej państwa, zgodnie ze różnicowaniem oczekiwań i celów lokalnych społeczności.

Już przed uchwaleniem ustawy „regionalnej” w Polsce intensywnie zajmowano się teorią rozwoju regionalnego¹¹, jako czynnikiem gwarantującym sukces samodzielnego rozwoju i konkurencyjność danego obszaru. Polska ustawa uszczegóławia zapis EKSR, tworząc model województwa jako silnej jednostki samorządowej zajmującej się zadaniami ponadpowiatowymi - o znaczeniu strategicznym dla danego obszaru.

Województwo dla skonkretyzowania założeń swojej polityki rozwoju tworzy strategię rozwoju regionalnego (art. 11. ust. 1 - 1e u.s.w.), która - zgodnie z zapisami ustawy - wskazuje na konieczność pielęgnowania polskości, kultury i środowiska przyrodniczego, ma szczególny nacisk położony na aktywność gospodarczą, konkurencyjność, kształtowanie ładu przestrzennego koniecznego do dobrego rozwoju danego obszaru. Strategia rozwoju województwa ma zawierać diagnozę sytuacji społeczno-gospodarczej województwa-regionu. Na jej podstawie określone są cele strategiczne rozwoju obszaru oraz kierunki działań zapewniające osiągnięcie wskazanych celów (art. 11 ust. 1c u.s.w.)¹².

Zgodnie z przyjętą w Polsce zasadą jednolitości polityki państwa samodzielność w konstruowaniu strategii jest ograniczona. Wskazują na to zapisy ustawy o samorządzie województwa, nakazujące uwzględnienie w strategii takich elementów jak: cele średniookresowe strategii rozwoju kraju, krajowa strategia rozwoju regionalnego, strategię ponadregionalną oraz plan zagospodarowania przestrzennego województwa (art. 11 ust. 1d u.s.w.).

Warto wspomnieć, że zgodnie z zapisami ustawy o planowaniu przestrzennym (art. 39 ust. 4) plan wojewódzki musi uwzględniać założenia

¹¹ Por. np. *Samorząd terytorialny w procesie rozwoju regionalnego i lokalnego*, red. W. Kosiedowski, Toruń 2005; opracowanie oparte na bogatej literaturze przedmiotu.

¹² Dla prawidłowego przygotowania strategii konieczne jest stworzenie analizy SWOT, tj. określenia w niej szans, zagrożeń, mocnych i słabych stron obszaru województwa.

planu zagospodarowania kraju, nie ma więc tu pełnej swobody decyzyjnej regionu w tym obszarze¹³.

W tym aktem prawnym wpływającym na decyzje planistyczne w kraju, które potem przekładają się na status ekonomiczny i zarządcy jednostek samorządowych, jest przyjęta w 2011 r. przez Radę Ministrów koncepcja Przestrzennego Zagospodarowania Kraju 2030¹⁴. Opracowanie to, nieco chaotyczne, pozwala jednak na zorientowanie się w przyjętych prognozach co do tendencji rozwojowych poszczególnych części kraju. Prognoza ta, obok własnych regionalnych prac studialnych, jest istotna dla przyjęcia polityki rozwoju regionu, a następnie dla budowy na jej podstawie strategii regionalnej, a także dla podejmowania działań pomocowych ze strony władzy centralnej, zmierzających do zrównowolenia rozwoju obszaru całego kraju.

Możliwość podejmowania przez region działań prorozwojowych została przez ustawodawcę wyspecyfikowana. Do tych działań należą: tworzenie warunków rozwoju gospodarczego, w tym kreowanie rynku pracy; utrzymanie i rozbudowa infrastruktury społecznej i technicznej o znaczeniu wojewódzkim; pozyskiwanie zewnętrznych środków finansowych dla realizacji zadań z zakresu użyteczności publicznej; prowadzenie działań na rzecz podnoszenia poziomu wykształcenia mieszkańców; racjonalne korzystanie z zasobów przyrody zgodnie z zasadą zrównowolenego rozwoju; wspieranie nauki i jej współpracy ze sferą gospodarki; wspieranie kultury i opieka nad dziedzictwem narodowym; promocja walorów i możliwości rozwojowych województwa; działania na rzecz integracji społecznej mieszkańców i zapobieganie ich wykluczeniu społecznemu (art. 11 ust. 2 u.s.w.).

Samodzielne działania nie oznaczają jednak możliwości wyalienowania się regionu z tkanki społecznej państwa, ponieważ uznaje się, iż działania podjęte na rzecz tworzenia strategii rozwoju województwa powinny odbywać się we współpracy z jednostkami samorządu lokalnego z obszaru tego województwa oraz z samorządem gospodarczym, samorządem zawodowym, z organizacjami pozarządowymi, ze szkołami wyższymi i jednostkami naukowo-badawczymi, ale także z administracjami rządowymi – a szczególnie z wojewodą, który realizuje politykę rządową w terenie. Ustawa zaleca także podejmowanie przez region współpracy z innymi województwami (art. 12 ust. 1 u.s.w.). Ten ostat-

¹³ Ustawa z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz.U. z 2003 r. Nr 80, poz. 717 ze zm.).

¹⁴ Uchwała nr 239 Rady Ministrów z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie przyjęcia koncepcji Przestrzennego Zagospodarowania Kraju (M.P. z 2012 r. poz. 252).

ni postulat wydaje si mało realny, poniewa województwa, zwłaszcza blisko siebie poło one, s cz sto silnymi konkurentami w realizacji podobnych, z uwagi na blisko poło enia, pomysłów na rozwój. Przyswoiły sobie dobrze techniki marketingowe i staraj si spo ytkowa je do własnych celów. Na przykład niedawny pomysł władz województwa małopolskiego do stworzenia „Krakowic”, tj. podj cia cislej współpracy Krakowa i Katowic jako stolic s siedzich regionów, pozostał w sferze niezrealizowanych pomysłów.

Skuteczno prowadzenia przez regiony działań prorozwojowych jest zale na od mo liwo ci zasilania rodkami finansowymi realizacji zada okre lonych w programach wojewódzkich oraz regionalnych programach operacyjnych¹⁵. Dzi ki zasilaniu finansowemu z bud etu pa stwa, bud etu Unii Europejskiej¹⁶ i innych zagranicznych ródeł (funduszy) bardzo rozwin ła si infrastruktura komunalna w terenie, a mieszkacy zacz li autentycznie identyfikowa si z „mał ojczyzn” - swoj miejscowoci, a tak e z regionem - bardziej ni z władz centraln . Ró nice w rozwoju regionów polskich widoczne s dla osób podró uj cych po kraju.

Decentralizacja spowodowała mo liwo wi kszej swobody w administrowaniu swoim obszarem, ale tak e spowodowała do znacz ce ró nice w rozwoju regionów w Polsce. Na podstawie czynników okre laj cych rozwój danego obszaru dokonano podziału regionów na cztery kategorie. Najmocniejsze regiony to: małopolski, dolno l ski, pomorski, l ski wielkopolski i łódzki. rednie regiony to: kujawsko-pomorski, podkarpacki, mazowiecki i opolski. Słabe to: lubuski, warmi sko-mazurski i pomorski. Bardzo słabe: wi tokrzyski, lubelski oraz podlaski.

Widatu wi c znacz ce ró nice w aktywnoci prorozwojowej, w umiejtnociach wykorzystania lokalnych atutów w działalno ci marketingowej, w umiejtnoci wykorzystania otrzymanych instrumentów. Instrumentarium jest identyczne: własne organy stanowi ce i wykonawcze, własne ródl finansowania działalno ci oraz mo liwo pozyskiwania zewn trznego dofinansowania projektów, mo liwo aktywnego rozliczania organów przez społeczno lokaln poprzez wy-

¹⁵ Ustawa z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz.U. z 2006 r. Nr 227, poz. 1658 ze zm).

¹⁶ Dla rozwoju regionalnego istotne znaczenie w perspektywie lat 2014-2020 ma mo liwo aktywnego korzystania przez regiony z nast puj cych programów: Infrastruktura i rodowisko; Polska Wschodnia; Pomoc Techniczna; Europejska Współpraca Terytorialna i Europejski Instrument Siedztwa; Inteligentny Rozwój; Wiedza, Edukacja, Rozwój; Polska Cyfrowa oraz 16 programów regionalnych.

bory i referendum lokalne¹⁷ czy udzielanie przez organ uchwałodawczy absolutorium dla organu wykonawczego¹⁸.

Oprócz wyraźnie wskazanych przez ustawodawcę działań koniecznych dla zapewnienia rozwoju regionu przejęto z działań biznesowych i dostosowano do specyfiki jednostki samorządowej różne instrumenty służące temu celowi. Tworzone są inkubatory przedsiębiorczości, wspomagające powstawanie i działanie małych i średnich firm oraz fundusze poręczne kredytowych ułatwiających dostęp do kapitału tym przedsiębiorcom. Powszechnie otwierają się centra technologii i parki naukowe, wspierając przedsiębiorców, tworzy także regionalne systemy innowacji. W tym obszarze aktywnie stało się prowadzenie działań marketingowych i lobbingsowych na rzecz swojego regionu, z wykorzystaniem własnej struktury administracji samorządowej oraz mediów lokalnych i centralnych. Internetowy system informacji, który w latach 90. był rzadko przez samorządy wykorzystywany, stał się obecnie powszechną platformą działania prorozwojowego, bazą informacyjną i kontaktów dla przyszłych kooperantów i przedsiębiorców, ale także mieszkańców (tzw. marketing wewnętrzny). Zawiera on cały pakiet danych, m.in. o warunkach osiedlania, prowadzenia działalności gospodarczej, o atrakcjach turystycznych danego obszaru i jego infrastrukturze turystycznej, o walorach historycznych, o dostępie do nieruchomości, o kapitale ludzkim (potencjalnych pracownikach), o ulgach dla inwestorów.

Region, podobnie jak inne jednostki samorządowe, musi się jednak zmierzyć z barierami rozwoju w postaci braków w kapitale ludzkim, braku atrakcyjnych terenów czy braku akceptacji dla działań i poparcia ze strony władz centralnych (np. budowa dróg ekspresowych i autostrad czy linii kolejowych, zbiorników retencyjnych).

Istotnym czynnikiem zwiększającym szanse rozwoju regionu jest dobrze prowadzona współpraca z organizacjami pozarządowymi działającymi na obszarze województwa. Po nowelizacji w 2010 r. ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, regulującej status organizacji pozarządowych¹⁹, ustawodawca nałożył na organy samorządu terytorialnego (mniej – na administrację rządową) obowiązek podejmowania z nimi współdziałania, m.in. przez tworzenie rocznych programów współpracy, zlecanie zadań lub ich współfinansowanie (art. 5

¹⁷ Por. ustawę z dnia 15 września 2000 r. o referendum lokalnym (Dz.U. z 2000 r. Nr 88, poz. 985 ze zm.).

¹⁸ Por. art. 18 ust. 10 u.s.w.

¹⁹ Ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz.U. z 2003 r. Nr 96, poz. 873) – dalej tak – jako u.d.p.p.

i art. 11 u.d.p.p.) czy zasięganie opinii dotyczących projektów aktów prawa lokalnego (art. 5 ust. 2 pkt 3 u.d.p.p.). Konieczne jest również ciśle współdziałanie z samorządami zrzeszającymi przedsiabiorców oraz zawodowymi z obszaru województwa dla tworzenia dobrej strategii jego rozwoju.

W preambule EKSRR został wskazany jeszcze jeden instrument ułatwiający rozwój regionu - tj. możliwość podejmowania współpracy międzyregionalnej i transgranicznej, uznając że jest to „wartościowy i nieodzowny wkład w konstrukcję Europy”. Ustawodawca polski zezwolił na kontakty międzynarodowe regionu, wskazując na możliwość uchwalania tzw. *Priorytetów współpracy zagranicznej województwa* (art. 18 pkt 13 u.s.w.) czy na „uczestniczenie w międzynarodowych zrzeszeniach regionalnych i innych formach współpracy regionalnej” (art. 18 pkt 14 u.s.w.). Każda forma współpracy zagranicznej regionu musi zostać wskazana w dokumencie *Priorytety współpracy zagranicznej województwa*. Zgodnie z zapisami ustawy o samorządzie województwa dokument ten ma zawierać główne cele współpracy zagranicznej, jej priorytety geograficzne, a także zamierzenia związane z przystąpieniem do międzynarodowych zrzeszeń regionalnych (art. 75 u.s.w.).

Współpraca transgraniczna określana jako blisko bez pokonywania odległości jest regulowana zapisami Europejskiej Konwencji Ramowej o Współpracy Transgranicznej między Wspólnotami i Władzami Regionalnymi²⁰ oraz Europejskiej Karty Regionów Granicznych i Transgranicznych²¹. Regulujące zasady współpracy siedzib i umacniania siedzib wspólnoty w obszarach działania niepodważających suwerenności państwa, a więc: ochrony zdrowia, ekologii, wody, energii elektrycznej, gazu, sytuacji kryzysowych, kultury, osobowego ruchu przygranicznego. Dla podjęcia współpracy konieczne jest zawarcie umów na zasadzie równości stron i dobrowolności przystąpienia.

Polskie samorządy regionalne skorzystały z możliwości tworzenia samodzielnych - bez udziału władzy centralnej - relacji z regionami innych państw i utworzyły z nimi 16 euroregionów²². wiadczy to o ich

²⁰ Europejska Konwencja Ramowa o Współpracy Transgranicznej między Wspólnotami i Władzami Regionalnymi sporządzona w Madrycie 21 maja 1980 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 287); konwencja ratyfikowana przez Polskę w 1993 r.

²¹ Karta uchwalona 19 listopada 1981 r. przez Radę Europy (do 1995 r. jako Europejska Karta Regionów Przygranicznych), a przez Polskę ratyfikowana w 1995 r.

²² Są to: na zachodzie Polski: polsko-niemieckie - Pomerania, ProEuropa Viadrina, Sprewa-Nysa-Bóbr; polsko-czesko-niemieckie - Nysa. Na południu Polski - polsko-czeskie: Glacensis, Pradziad, Górski Cieszyński, Silesia; polsko-czesko-słowacki - Beskidy; polsko-słowacki - Tatry; polsko-słowacko-ukraińsko-ru-

do dużej aktywności i coraz lepszych umiejętnościach w wykorzystywaniu istniejących możliwości prorozwojowych swojego obszaru.

Istotne dla podkreślenia jednolitości i suwerenności państwa polskiego jest wyraźne wskazanie ustawowe, że region, podejmując współpracę ze społecznościami regionalnymi innych państw, musi działać zgodnie z prawem wewnętrznym i polityką zagraniczną państwa oraz z jego zobowiązaniami międzynarodowymi. Ponadto region może podejmować współpracę jedynie w granicach zadań i kompetencji ustawowych (art. 76 ust. 1 u.s.w.). Projekty *Priorytetów współpracy zagranicznej* jak i projekty umów o współpracy regionalnej muszą uzyskać uprzedni zgodę ministra właściwego do spraw zagranicznych (art. 77 ust. 1 u.s.w.). Uchwała sejmiku województwa uchwalająca *Priorytety współpracy zagranicznej województwa* oraz zawarte umowy o współpracy regionalnej są również przysyłane do ministra właściwego do spraw zagranicznych oraz ministra właściwego do spraw administracji publicznej (art. 77 ust. 3 u.s.w.), jest to więc do znaczny nadzór aparatu państwa nad działaniami regionu. Niemniej jednak, jeżeli region działa zgodnie z obowiązującym w Polsce prawem, może poszerzać swoje działania nie tylko w sferze wewnętrznej, ale i zewnętrznej, niezależnie od władzy centralnej państwa.

Regiony, podobnie jak inne jednostki samorządowe, uzyskały uprawnienie do przystępowania do międzynarodowych zrzeszeń (stowarzyszeń) społecznościami regionalnych²³. I tu również państwo polskie wyraźnie wskazuje na możliwość udziału polskich samorządów w stowarzyszeniach pod pewnymi warunkami. Mają być one powołane przez społeczność co najmniej dwóch państw, zgodnie z ich prawem wewnętrznym. Zakres działania stowarzyszenia, do których chce przystąpić samorząd polski, musi mieścić się w ich ustawowych zadaniach i kompetencjach. Zasadniczym wymogiem możliwości podjęcia współpracy jest działanie zgodnie z wewnętrznym prawem polskim, polityką zagraniczną państwa i jego zobowiązaniami międzynarodowymi (art. 1 ust. 1 oraz art. 2 ust. 1 u.z.p.j.). Ustawodawca określił kilka instrumentów mających zapewnić spełnienie wskazanych powyżej warunków,

muśko-węgierski - Karpacki. Na wschodzie Polski: polsko-ukraiński - Bug; polsko-białoruski - Puszcza Białowieska; polsko-białorusko-litewski - Niemen. Na północy Polski: polsko-duńsko-litewsko-rosyjsko-szwedzki - Bałtyk; polsko-rosyjski - Łyna-Ława.

²³ Reguluje tę problematykę ustawa z dnia 15 września 2000 r. o zasadach przystępowania jednostek samorządu terytorialnego do międzynarodowych zrzeszeń społecznościami lokalnych i regionalnych (Dz.U. z 2000 r. Nr 91, poz. 1009 ze zm.) - dalej tak i jako u.z.p.j.

tym samym ograniczając pełną swobodę działania samorządów lokalnych. W przypadku samorządu regionalnego przystąpienie do zrzeszenia musi nastąpić zgodnie z uchwalonymi *Priorytetami współpracy zagranicznej województwa* (art. 2 ust. 2 u.z.p.j.). Istotnym zakazem jest niemożność przekazania przez polskie samorządy - w tym regiony - na rzecz zrzeszenia międzynarodowego lub jego członków wykonywania swoich zadań publicznych, a także nieruchomości i praw majątkowych na dobrach niematerialnych (art. 3 u.z.p.j.), a czynno prawna naruszająca te zasady jest z mocy prawa nieważna (art. 5 u.z.p.j.).

Tryb przystąpienia regionu do zrzeszenia międzynarodowego wymaga podjęcia przez sejmik województwa uchwały bezwzględnie większości głosów (art. 4 ust. 1 u.z.p.j.). Następnie, zgodnie z trybem nadzorczym, uchwała jest przekazywana do wojewody, który wraz z opinią przekazuje ją do ministra właściwego do spraw zagranicznych. Minister musi wyrazić zgodę na wejście w życie uchwały sejmiku o przystąpieniu do zrzeszenia międzynarodowego (art. 4 ust. 2 i 3 u.z.p.j.). Do uchwały musi zostać dołączony statut zrzeszenia, do którego region zamierza przystąpić, lub inny dokument wskazujący na cele tej organizacji oraz lista jego członków, wraz z urzędowym tłumaczeniem na język polski. Region musi dołączyć również uchwalone *Priorytety współpracy zagranicznej województwa*. Na podstawie tych dokumentów minister właściwy do spraw zagranicznych wyraża zgodę lub jej odmawia w drodze decyzji administracyjnej (art. 4 ust. 5 u.z.p.j.). Teoretycznie, w przypadku braku zgody ministra, organy regionu mogą zwrócić się do ministra z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy na podstawie art. 127 § 3 k.p.a.²⁴, jednakże przesłanka naruszenia interesów państwa, zasad prowadzenia przez nie polityki wewnętrznej i zagranicznej nie pozwoli na zmianę decyzji.

Nie zawsze jednak regiony korzystają z takiej możliwości z uwagi na duże koszty członkostwa w zagranicznych stowarzyszeniach, bowiem składki członkowskie - w euro - są ustalane według możliwości bogatszych regionów.

Z dokonanego przeglądu możliwości podejmowania przez polskie regiony niezależnych od władzy centralnej działań prorozwojowych wynika konkluzja, że istnieje duże o różnorodnych dróg aktywizacji. Od aktywności władz regionu i wsparcia ich przez mieszkańców zależy dobrostan i osiągnięty poziom rozwoju danego województwa samorządowego. Oczywiście teoretyczne wskazanie na możliwości działania nie

²⁴ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 1960 r. Nr 30, poz. 168 ze zm.).

oznacza, że jest ono zawsze i wszędzie możliwe. Po pierwsze regiony mają bardzo nierównomierny potencjał obszarowy, np. ogromne województwo mazowieckie i małe wiejskie powiaty towarzyskie, opolskie czy lubuskie. Oczywiście nie głównie obszar decyduje o potencjale regionu, czego przykładem jest silny region łódzki i słaby warmińsko-mazurski. Jednak gdyby, jak zakładano, utworzono 10 wiejskich województw, lepiej poradziłyby sobie one z zadaniami administrowania i rozwoju swojego obszaru. Po drugie wziąć pod uwagę należy czynniki majątkowo-finansowe. Niezbyt duże mienie województw, jakie pozostało po komunalizacji mienia przez duże gminy w 1990 r., oraz słaby udział w podatkach PIT i CIT powoduje, że ich wyjściowy potencjał rozwojowy nie jest adekwatny do zakresu zadań, które powinny realizować. Na podstawie regulacji ustawy o dochodach jednostek samorządu terytorialnego²⁵ udział regionu w podatkach wypracowanych na jego obszarze wynosi odpowiednio: 1,60% - PIT i 14,75% - CIT (porównawczo PIT: gmina 39,34%, powiat 10,25% PIT oraz CIT: gmina 6,71%, a powiat 1,40%). To źródlonowanie finansowania jednostek samorządowych nie tłumaczy się logicznie, jak również tak niski poziom udziału w wypracowanym na swoim obszarze dochodzie. Reszta uzyskanych na obszarze jednostek samorządowych środków finansowych pozostaje w gestii władzy centralnej. Aby dobrze realizować swoje zadania i wykorzystywać potencjalne możliwości rozwojowe, jednostki samorządowe powinny dysponować co najmniej połową dochodów uzyskiwanych na ich obszarze. Ustawodawca, decentralizując zadania i odpowiedzialność, pozostawił nadal procentralistyczny budżet i uzależnił samorządy od siebie subwencjami i dotacjami, zamiast uwolnić środki finansowe i zmniejszyć znacząco - wzorem państw skandynawskich - administrację centralną. Niestety, nawet proliberalne stronnictwa w Polsce nie dokonały tej koniecznej i zapowiadanej przez lata reformy finansów publicznych; bez niej nawet najlepiej przygotowana konstrukcja samorządu jako formy negacji centralistycznego administrowania państwem nie będzie dobrze realizowana. Zamiast efektywnego zarządzania i równomiernego rozwoju panuje finansowa i organizacyjna ekwilibrystyka w regionach, jak i w całym samorządzie: wydzieranie z budżetu centralnego środków, aplikowanie z ogromnym trudem o środki unijne, z uwagi na niemożność uzbierania wkładu własnego, a także czyste poczucie własnej bezsilności. Przykładem takiej niemożności jest ostatnia rezygnacja z rozpoczęcia na pozyskanym już gruncie przez samorząd województwa

²⁵ Ustawa z dnia 13 listopada 2003 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego (Dz.U z 2003 r. Nr 203, poz. 1966).

małopolskiego budowy filharmonii i Akademii Muzycznej z powodu braku środków na tę inwestycję.

Jest to wątpliwe, czy rząd centralny doceni „jedno w różnorodności”, jak jest szersza regionalizacja zarządzania krajem. Ostatnie przykłady destrukcyjnych Katalonii na pewno będą przestrogą dla rządów centralnych przed wzmocnieniem samodzielności funkcjonowania regionów. Zasady i standardy, które zostały wypracowane, wydają się optimum, jakie w najbliższych latach będzie realizowane w Europie i w Polsce. Zauważalna jest także w Polsce dyskusja o możliwości odtworzenia likwidowanych regionów, co oznacza, że jeszcze więcej słabych regionów będzie pełniło rolę pomocniczą w zarządzaniu krajem w stosunku do zdecydowanych działań rządu centralnego.

Anna Ibek

Kilka uwag o rozumowaniach w analizie ledczej

Quidquid agis, prudenter agas et respice fî nem¹

Owidiusz

Rekonstrukcja stanów rzeczy oraz zdarzeń na użytek postępowania karnego celem udzielenia odpowiedzi na tzw. siedem złotych pytań ledczwa/dochodzenia wymaga zaangażowania przede wszystkim twórczych aktywności poznawczych. Bowiem rozwiązanie zagadki kryminalnej polegające na zgromadzeniu relewantnych informacji pozwalających na ustalenie tego, co się zdarzyło, gdzie się zdarzyło, kiedy się zdarzyło, w jaki sposób, za pomocą czego, dlaczego, oraz kto jest za to odpowiedzialny, mo liwe jest dzięki - mówi c nieco ogólnikowo - odpowiedniej do sytuacji i warunków percepcji rzeczywistości.

Narzędziem, które z powodzeniem może być wykorzystywane do odtwarzania przebiegu zdarzeń, zwłaszcza w sprawach skomplikowanych i wielowtkowych, jest analiza ledcza. Celem niniejszego artykułu jest ogólne, ze względu na ramy objto ciowe materiału, scharakteryzowanie wybranych kategorii rozumowa stosowanych w tego rodzaju procedurze.

Na potrzeby dalszych rozwa a termin „rozumowanie” będzie traktowany jako równoznaczny z terminem „wnioskowanie” oraz „inferencja”, a istota tego pojęcia będzie sprowadza si do procesu mylowego,

w którym na podstawie zda ju uznanych [...] dochodzi si b d do nowego zdania dot d nie uznanego, b d do wzmocnienia pewno ci innego zdania w jakim stopniu ju uznanego. Zdania ju uznane, b d ce punktem wyjcia przy

Wszystko, co robisz, ró b rozwa nie i patrz ko ca.

wnioskowaniu, nazywaj się przesłankami, a zdanie b d ce punktem dojścia - wnioskiem (konkluzją) tego wnioskowania².

Dla przedmiotowych rozważań interesujące b d zwłaszcza te rozumowania, które mogłyby być interpretowane jako szczególnego rodzaju twórcze czynności poznawcze, rozszerzające wiedzę podmiotu „relatywnie do pewnego jej stanu wyjściowego”, gdy „wniosek [w takich rozumowaniach - A.I.] zawiera nowe informacje w porównaniu z informacjami zawartymi w przesłankach”³. Tego rodzaju twórcze akty poznania dla podmiotów dokonujących analizy ledczej są najciekawsze oraz przynoszą najwięcej korzyści w perspektywie udzielania odpowiedzi na wspomniane siedem złotych pytań, w przeciwieństwie do nietwórczych czynności, o których mowa jest w dalszej części pracy. Z tych powodów w niniejszym artykule skoncentrowano się zwłaszcza na tego rodzaju rozumowaniach.

Należy zaznaczyć, że konsekwencje dla przedmiotowego zagadnienia zależą od znaczenia terminu „analiza ledcza”. Wskazanie konkretnych komponentów tego rodzaju czynności przesłucha o rodzajach rozumowań je charakteryzujących. W prezentowanym tutaj ujęciu, raczej typowym, odróżniono analizę ledczą od analizy kryminalnej⁴, choć wyniki tej ostatniej w danej sprawie mogą być elementami analizy ledczej. Zdarzają się także propozycje - do wątpliwe - zacierające jakiegokolwiek różnicę między jednym a drugim rodzajem analizy, jednak nie są one tutaj omawiane.

Przyjmując, że analiza ledcza jest metodą analizy materiału dowodowego zgromadzonego w danej sprawie, stanowić może narzędzie wsparcia dla organów procesowych prowadzących postępowanie przygotowawcze, zwłaszcza dla prokuratora, na którym spoczywa obowiązek wniesienia aktu oskarżenia i jego uzasadnienia. Rezultaty tego rodzaju czynności analitycznej są pomocne w budowaniu linii oskarżenia. Analiza ledcza może być rozumiana jako proces lub wytwór. W pierwszym znaczeniu analiza ledcza „jest procedurą myślową polegającą na cisłym i krytycznym przedstawieniu ustaleń faktycznych określonej sprawy i zbudowaniu na tej podstawie opisu sprawy (narracji) oraz argumentów dowodowych, służących możliwie najpełniejszemu poparciu hipotezy aktu oskarżenia”⁵. Natomiast analiza ledcza pojmowana jako

² *Mała encyklopedia logiki*, red. W. Marciszewski, Wrocław 1986, s. 216.

³ J. Woleński, *Dedukcja, logika i twórczość poznawcza*, [w:] *idem, W stronę logiki*, Kraków 1996, s. 203.

⁴ Zob. A. Ibek, *Teoretyczne podstawy analizy kryminalnej*, „Przegląd Policyjny” 2011, nr 3 (103), s. 168-186.

⁵ *Eadem, Rozumowania dowodowe w toku dokonywania ustaleń faktycznych. Pomocny logik, procesem karnym i kryminalistyk*, niepublikowana rozprawa doktorska

wytwór „jest dokumentem słu cym prowadz cemu spraw prokura-
torowi w uporz dkowanym, konsekwentnym i optymalnym osi ganiu
celów w okre lonym procesie karnym”⁶.

Korzy ci stosowania analizy ledczej w konkretnym post powaniu
w zale no ci od czasu wykonywania tego rodzaju czynno ci s kilku-
aspektowe. Po pierwsze, je li analiza ledcza zostaje wykonana przed
zako czeniem czynno ci wykrywczych, jej rezultaty mog stanowi
swoistego rodzaju rekomendacje co do sposobów oraz taktyki dalszego
prowadzenia post powania, zwłaszcza w zakresie uzupełniania ziden-
tyfikowanych luk dowodowych lub ródeł niepewno ci w ustaleniach.
Po drugie, wyniki analizy ledczej rozumiane jako dokument s narz -
dziem wsparcia dla prokuratora na etapie post powania s dowego, sta-
nowi c „rol swoistej » ci gi« czy raczej »mapy drogowej« dla oskar y-
ciela, rol przedmiotu ataku ze strony obro cy i rol wyra nego, dobrze
zorganizowanego przegl du i podsumowania materiału dowodowego
dla s du”⁷.

Głównymi komponentami analizy ledczej jest argument dowodowy
oraz narracja. Charakter rozumowa prowadzonych w ramach tej pro-
cedury - jak wspomniano - zwi zany jest ze specyfik tych elementów.
Nale y wobec tego obja ni t specyfik .

Argument dowodowy jest struktur inferencyjn składaj c si
z przesłanki/przesłanek oraz wniosku. Spoiwem, które uzasadnia
w danym argumencie uznanie wniosku na podstawie przesłanki, jest
generalizacja b d ca co do zasady prawem ogólnym odzwierciedlaj -
cym normalny bieg spraw wiata⁸. Natomiast swoiste upowa nienie
do zastosowania danej generalizacji, tzw. uzasadnienie generalizacji,
warunkuje okre lony kierunek wnioskowania. Argumenty dowodowe
tworzone s na podstawie zgromadzonych informacji oraz dowodów
w post powaniu. Wnioski tych konstrukcji pozwalaj na dokonywanie
ustale faktycznych w danej sprawie oraz s pomocne „zwłaszcza w mo-
mencie konstruowania przez prokuratora aktu oskar enia”⁹.

z zasobów Wydziału Prawa, Administracji i Stosunków Mi dzynarodowych Kra-
kowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Kraków 2015, s. 234.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*, s. 236.

⁸ Zob. *eadem*, *Generalizacje w rozumowaniach dowodowych*, „Studia Prawnicze. Roz-
prawy i Materiały” 2012, nr 1(10), s. 51-70.

⁹ *Eadem*, *Struktura argumentu dowodowego*, [w:] *Współczesna kryminalistyka. Wý-
zwania i zagro enia*, red. V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, M. Zuba ska, Szczytно
2015, s. 163.

W argumentach dowodowych stosowane są przede wszystkim twórcze rozumowania podważalne wynikające ze specyfiki postpowania, w ramach którego wykonuje się analizę ledczą. Rzadko bowiem zdarza się, by organy procesowe na początku postpowania dysponowały wystarczającym materiałem dowodowym umożliwiającym rekonstrukcję danego zdarzenia, a ponadto by wnioski wysnute w ramach początkowych ustaleń miały charakter pewnych – w sensie nieodwołalnych – twierdzeń. W sytuacji niepewności co do wartości logicznej dostępnych informacji lub niepełności bazy wiedzy naturalną formę rozumowania jest właśnie rozumowanie podważalne, które pozwala formułować wnioski mogące być w perspektywie rezultatów dalszych czynności wykrywczowo-dowodowych rozszerzających bazę wiedzy odwołane. Tego rodzaju rozumowanie ma charakter niemonotoniczny w przeciwieństwie do klasycznej logiki, która jest monotoniczna. Cechą tej ostatniej polega na tym, „e jeżeli z jakiego zbioru przesłanek A wynika zdanie p , to p musi wynikać ze zbioru przesłanek B, w którym zawiera się zbiór A. Niemonotoniczna jest oczywiście także logika, która nie posiada opisanej [...] cechy”¹⁰. Należy przy tym zaznaczyć, że przesłanki ze zbioru A nie ulegają dezaktualizacji, w dalszym ciągu są one uznawane, lecz jakaś nowa informacja powoduje, że zdanie uznawane dotychczas to uznanie traci. Wydaje się, że tak rozumiana niemonotoniczność w rozumowaniach prowadzonych w ramach analizy ledczej występuje bardzo często¹¹. Podważanie wniosków formułowanych w trakcie prac nad odtworzeniem przeszłych zdarzeń przestępczych winno być typowym zjawiskiem w ramach postpowania przygotowawczego w myśl zasady „kto się nie dziwi, ten nie zdobywa wiedzy”. Logika podważalna pozwala na prowadzenie operacji myślowych na dwóch poziomach. „Na poziomie pierwszym z pewnego zbioru przesłanek buduje się argumenty, za na poziomie drugim porównuje się je ze sobą, aby ustalić, który z argumentów jest najlepszy; konkluzja najlepszego argumentu staje się wnioskiem z danego zbioru przesłanek”¹². Jako argumentu zależy od wskazania w miarę możliwości wyczerpującego uzasadnienia dla zastosowania konkretnej generalizacji oraz od prawdziwości informacji zawartych w przesłance/przesłankach. Wiadomo przy tym, że ustalenia faktyczne w postpowaniu mają charakter probabilistyczny, ze względu na to, że często są rezultatem zawodnych rozumowań dowodowych. Zawodnych, czyli takich, w których prawdziwość przesłanki nie gwa-

¹⁰ J. Stelmach, B. Brodek, *Metody prawnicze*, Kraków 2006, s. 80.

¹¹ A. Ibek, *Rozumowania dowodowe w toku*, op. cit., s. 55.

¹² J. Stelmach, B. Brodek, *Metody prawnicze*, op. cit., s. 81.

rantuje prawdziwo ci wniosku. I dalej, w tego rodzaju rozumowaniach z wniosku wynikaj jego przesłanki, cho z przesłanek nie wynika przy- j ty wniosek. Innymi słowy, „wychodz c od prawdziwych przesłanek, mo emy doj do fałszywego wniosku (nie jest to wykluczone), lecz spodziewamy si w sposób racjonalny, e wniosek b dzie prawdziwy”¹³. Z racji tego, e komponenty analizy ledczej w postaci argumentów do- wodowych oraz narracji (o tych ostatnich mowa jest w dalszej cz ci pracy) tworzone s na podstawie dost pnych informacji i dowodów, in- ferencje prowadz ce do ich powstania maj charakter wła nie rozumo- wa dowodowych. Kategoria tego typu wnioskowania interpretowana jest jako procedura my lowa, realizowana w toku dokonywania ustale faktycznych, polegaj ca na uznawaniu jednych faktów dowodowych na podstawie faktów dowodz cych, lub generowaniu hipotez, na podsta- wie znanych faktów dowodowych lub dowodz cych, lub sprawdzaniu hipotez, równie na podstawie znanych faktów dowodowych lub dowo- dz cych¹⁴. Operacje my lowe b d ce rozumowaniami dowodowymi do- konywane za pomoc hipotez, a tak e prowadz ce do ich formułowania widoczne s zwłaszcza w narracjach, jako wytworach analizy ledczej.

Narracja jest opisem sprawy prezentuj cym cało kwestii dotycz - cych danego zdarzenia z okre lonego punktu widzenia. Jest w gruncie rzeczy interpretacj sprawy. „Typowymi ró ni cymi si wła nie punkta- mi widzenia narracjami s narracje oskar yciela i obro cy”¹⁵. Narracje budowane s na podstawie scenariusza, który jest wizj przebiegu da- nego zdarzenia, uwzgl dniaj c jego okoliczno ci, wyposa on w hipo- tezy uzupełniaj ce luki dowodowe. Praca organów cigania, zwłaszcza w pocz tkowym etapie post powania, polega na stawianiu hipotez i wykonywaniu czynno ci, dzi ki którym mo na b dzie sprawdzi wia- rygodno danego zało enia. To wła nie w tego rodzaju zabiegach po- znawczych dominuj c rol odgrywa rozumowanie abdukcyjne b d - ce kategori rozumowania dowodowego o charakterze podwa alnym. Abdukcja ze wzgl du na jej podwa alno czasem nazywana jest logik Sherlocka Holmesa¹⁶.

Rozumowanie abdukcyjne jest twórczym rozumowaniem zawod- nym, w którym „wniosek zawiera wi cej informacji ni przesłanki”¹⁷. Wobec tego ma tak e charakter wnioskowania uprawdopodobniaj ce-

¹³ Z. Ziembiski, *Logika praktyczna*, Warszawa 2006, s. 182.

¹⁴ A. Ibek, *Rozumowania dowodowe w toku.*, *op. cit.*, s. 17-18.

¹⁵ *Ibidem*, s. 217.

¹⁶ Cyt. za: M. Urbański, *Rozumowania abdukcyjne. Modele i procedury*, Pozna 2009, s. 138.

¹⁷ *Ibidem*, s. 16.

go, gdzie przesłanki jedynie uwiarygodniają wniosek. W tego rodzaju rozumowaniu wniosek ma postać hipotezy, a powodzenie w zakresie formułowania tych ostatnich zależy od kreatywności oraz pomysłowości podmiotów dokonujących takich zabiegów poznawczych.

Hipotezy to zdania/założenia, które w momencie ich sformułowania nie mają ustalonej wartości logicznej, tzn. nie wiadomo, czy dana hipoteza jest prawdziwa czy fałszywa. Rola tego rodzaju twierdzenia w dążeniu do dokonywania ustaleń faktycznych jest nie do przecenienia. Na marginesie warto również zauważyć, że akt oskarżenia, którego założenia mogą być uzasadnianie wynikami analizy ledczej, jest w swej istocie również hipotezą określony przebieg zdarzenia przestępczego i jego okoliczności.

Ide rozumowania abdukcyjnego można zobrazować następująco. Punktem wyjścia są aktualnie, w danym czasie dostępne rodki dowodowe E. Na ich podstawie następuje tworzenie nowych hipotez. Konsekwencją takich zabiegów jest generowanie lub sformułowanie możliwych twierdzeń, relewantnych w danej sprawie. Wyniki tego zabiegu poznawczego pozwalają na znalezienie nowych rodków dowodowych lub wyznaczają kierunki ich poszukiwania. Nowe rodki dowodowe powinny istnieć, jeżeli stworzone hipotezy są prawdziwe, natomiast realizacja poszukiwań nowych dowodów dostarczy argumentów za lub przeciwko hipotezom¹⁸.

W tym miejscu należy nieco więcej uwagi poświęcić rodzajom hipotez wykorzystywanych przy konstruowaniu narracji za pomocą rozumowania abdukcyjnego. Wydaje się, że podstawowy podział ujawniający sens i korzyści tego sposobu myślenia dla podmiotów prowadzących postępowanie w zakresie odtwarzania przeszłego fragmentu rzeczywistości przestępczej mógłby uwzględnić hipotezy eksplanacyjne, predykcyjne, uzasadniające oraz opisowe¹⁹. Kryterium tak przeprowadzonego podziału związane jest także z zadaniami poznawczymi powstającymi na różnych etapach analizy ledczej.

Hipotezy eksplanacyjne wyjaśniają zdarzenia lub zjawiska. Co do zasady ich rola sprowadza się do udzielania odpowiedzi na pytania typu „dlaczego?”. Dla przykładu mogą one dotyczyć motywacji sprawcy przestępstwa lub przebiegu okoliczności zdarzenia.

Z kolei hipotezy predykcyjne formułowane są w celu przewidywania zdarzeń, na przykład NN sprawca będzie popełniał następne przestępstwa; jeżeli sprawca przestępstwa przebywał w domu pokrzywdzonego,

¹⁸ T. Anderson, D. Schum, W. Twining, *Analysis of Evidence*, Cambridge 2005, s. 57.

¹⁹ Opracowano na podstawie: M. Urbas, *Rozumowania abdukcyjne...*, op. cit., s. 142 i nast.

możliwe jest, że jego odciski palców znajdują się na jakich przedmiotach znajdujących się w tym obiekcie. Zapowiedzi tego rodzaju mogłyby być użyteczne dla działań profilaktycznych związanych z neutralizacją zidentyfikowanych zagrożeń podejmowanych przez uprawnione do tego służby.

Hipotezy trzeciego rodzaju mogą formułować uzasadnienie dla podjęcia przez sprawcę czynu zabronionego określonych działań lub usprawiedliwienia działań innych podmiotów. Ponadto, ogólnie rzecz biorąc, tego typu uzasadnienia mogą dostarczać powodów dla przyjęcia danej wizji zdarzenia.

Hipotezy opisowe niczego nie wyjaśniają, nie przewidują ani nie uzasadniają. Stanowią one narzędzie do zobrazowania jakiego fragmentu interesujących podmiot poznający rzeczywistości.

Warto zauważyć, że przytoczony przed chwilą podział hipotez nie ma charakteru podziału logicznego. Jest to raczej typologia, gdy jedna i ta sama hipoteza może służyć nie jednemu, ale kilku celom naraz, lub może być tak, że poszczególne jej części służą różnym celom. Po sformułowaniu hipotezy, niezależnie od jej typu, organy prowadzące postępowanie winny podjąć czynności, których zadaniem będzie sprawdzenie jej wiarygodności. Rezultaty tych czynności dostarczą informacji o zdarzeniach oraz stanach rzeczy, które posłużą do zbudowania narracji.

Rozumowanie abdukcyjne jest sposobem myślenia, wedle którego przebiegają czynności poznawcze organów procesowych zwłaszcza na początkowym etapie sprawy, gdy zazwyczaj materiał dowodowy jest ubogi, natomiast niewiadomych, na które winno znaleźć się odpowiedzi, jest bardzo wiele. Dzięki analizie ledczej i czynności sprawdzania stworzonych hipotez możliwe jest stworzenie dobrze uzasadnionej przez argumenty dowodowe narracji, która będzie stanowiła wsparcie dla prokuratora w wykazywaniu słuszności też oskarżenia.

Obok abdukcji za podstawowy tryb myślowy stosowany w toku wykonywania analizy ledczej w ramach prowadzonych rozumowań dowodowych uznawana jest również indukcja. Jednak „wokół indukcji wszystko jest sporne”²⁰, dlatego przedstawione zostaną tylko te kwestie, które wydają się niekontrowersyjne lub mało kontrowersyjne. Indukcja²¹ to twórcze rozumowanie zawodne, w którym prawdziwo wykorzystywanych w nim przesłanek nie zapewnia prawdziwości wniosku. Innymi słowy, wniosek nie wynika logicznie z przesłanek. Jan Woleński m.in. w tym kontekście stawia pytanie, będzie głównym proble-

²⁰ J. Woleński, *O indukcji i indukcjonizmie*, [w:] *idem, W stronę logiki*, op. cit., s. 284 i nast.

²¹ Poza zakresem rozważań znalazła się indukcja zupełna.

mem indukcji, „czy uznanie przesłanek za prawdziwe dostarcza jakiejś nowej racji dla uznania konkluzji za prawdziwą”²². Autor udziela na nie twierdzącej odpowiedzi i podaje dla niej obszerną argumentację. Do najważniejszych tez formułowanych przez Woleńskiego – według piszącej te słowa – można zaliczyć, po pierwsze, powinnożenie do odróżniania indukcji wartościowych, tzn. takich, w których m.in. przesłanki są relewantne dla uzasadniania konkluzji, od bezwartościowych, nieposiadających opisanej cechy. Po drugie, dzięki zwiększeniu liczby przesłanek wzrasta uzasadnienie konkluzji. Po trzecie, przesłanki uzasadniające konkluzję powinny być niesprzeczne, a ich liczba powinna być skończona. Uwagi te mają istotne znaczenie dla procesu konstruowania argumentów dowodowych składających się, jak wspomniano, z przesłanek oraz wniosku oraz budowania na ich podstawie narracji.

Ponieważ jednak nawet najbardziej wartościowa indukcja nie zapewnia prawdziwości wniosku [ze względu na jej zawodność – A.I.], celowe jest przyjęcie, że zdanie, będące konkluzją indukcji, nie zostaje uznane za prawdziwe, lecz „po prostu” uznane. Uznanie zdania może m.in. oznaczać, iż: zostaje ono włączone do zasobu wiedzy podmiotu rozumującego, jego treść jest akceptowana przez ów podmiot, i [...] uznaję zdanie, podmiot prowadzący rozumowanie okazuje dyspozycję, gotowość, do podejmowania decyzji na podstawie tego zdania²³.

Wydaje się zatem, że użyteczność indukcji w analizie leżącej jest doniosła, pomimo jej zawodności skutkującej niepewnymi wnioskami, gdy „w sporządzonym pytaniu nie brzmi »czy to jest pewne«, lecz raczej »czy to pozwala na najlepszy dostęp do, który może być osiągnięty na podstawie dostarczonych środków dowodowych, w świetle wiedzy i przekonania uznawanych w danym społeczeństwie, w czasie, gdy sprawa jest rozpatrywana«”²⁴.

Przytoczony fragment ujawnia jeszcze jeden istotny cech rozumowania indukcyjnych. Mianowicie mogą one posiadać charakter podważalnych – rozumianych tak jak to zostało wcześniej objaśnione – procedur myślowych, a wniosek będzie zawierał więcej informacji, niż zawierają przesłanki. Niektórzy, wydaje się, że z tych właśnie powodów, uznają indukcję jako jedną z trzech, obok pamięci i percepcji, podstawowych dróg uzyskiwania wiedzy²⁵.

²² *Ibidem*, s. 284.

²³ A. Ibek, *Rozumowania dowodowe w toku...*, *op. cit.*, s. 304.

²⁴ T. Anderson, D. Schum, W. Twining, *Analysis...*, *op. cit.*, s. 103.

²⁵ F.P. Ramsey, *Truth and Probability*, [w:] *Philosophy of Probability, Contemporary Readings*, ed. A. Eagle, London-New York 2011, s. 63.

Rozumowanie indukcyjne, według klasyfikacji przeprowadzonej przez Kazimierza Ajdukiewicza, zgodnie z którą rozumowania dzielą się na rozumowania dedukcyjne, uprawdopodobniające oraz logicznie bezwartościowe, można zaliczyć do kategorii rozumowa uprawdopodobniających²⁶. Wśród tej ostatniej Ajdukiewicz wymienia także wnioskowanie przez analogię „i wiele zapewne innych sposobów wnioskowania, które mimo że nie są dedukcyjne, a nawet nie są niezawodne, są stosowane i aprobowane w niektórych naukach (w naukach zwanych indukcyjnymi), jak również w myśleniu praktycznym”²⁷. Warto zasygnalizować, że w kontekście typów procedur myślowych stosowanych w analizie ledczej w tej kategorii, zapewne oprócz wnioskowania podważalnego, mogłoby się znaleźć również rozumowanie rozmyte oraz redukcyjne, jednak nie są one omawiane w niniejszym artykule. Uwaga natomiast w perspektywie zjawiska twórczości czynności poznawczych została poświęcona rozumowaniu dedukcyjnemu.

Dedukcja to rozumowanie niezawodne, czyli takie, w którym prawdziwość przesłanek przesądza o prawdziwości wniosku, a wniosek wynika logicznie z jego przesłanek. Ten rodzaj procesu myślowego związany jest z pewnym paradoksem dotyczącym charakteru twórczości dedukcyjnych czynności poznawczych. Woleński opisuje go następująco:

I oto mamy pewien paradoks. Z jednej strony wypada uznać, że dedukcja jest rzeczywiście nietwórcza, gdy w konkluzji jakiegokolwiek rozumowania dedukcyjnego nie można znaleźć żadnej informacji, która nie znajdowała się w przesłankach tego rozumowania [...]. Z drugiej strony rezultaty rozumowań dedukcyjnych są nader często rewelacyjne i uchodzą za wielkie, a nawet bardzo wielkie osiągnięcia naukowe. A zatem dedukcja jest twórcza, gdy prowadzi do nieoczekiwanych rezultatów. Można się tutaj oto uwaga: zarejestrowany konflikt jest pozorny, gdyż czym innym jest obiektywna zawartość informacyjna przesłanek i wniosku w danym rozumowaniu, a czym innym poczucie, że taki czy inny rezultat dedukcji jest nieoczekiwany. Uwaga ta [...] jest trafna do pewnego stopnia. Prowadzi ona do potrzeby odróżnienia nowości logicznej oraz nowości psychologicznej. Moglibyśmy nasz paradoks rozwinąć w bardzo prosty sposób. Dedukcja jest zawsze nietwórcza w sensie logicznym, ale bywa twórcza w sensie psychologicznym. Wydaje się jednak, że jest to rozważanie w najlepszym przypadku jedynie czystkowe²⁸.

Między innymi z tych powodów uznajemy, że rozumowania dedukcyjne w analizie ledczej stosowane są sporadycznie, a prym wio-

²⁶ K. Ajdukiewicz, *Klasyfikacja rozumowa*, [w:] *idem, Język i poznanie*, t. 2, Warszawa 1985, s. 222.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ J. Woleński, *Dedukcja, logika*, *op. cit.*, s. 202-203.

d te procesy inferencyjne, które mają charakter twórczych czynności poznawczych pozwalających na rozszerzenie bazy wiedzy dzięki formułowanym wnioskom, które zawierają więcej informacji niż ich przesłanki. Doda należy, że przesłanki wykorzystywane w ramach dokonywania analizy ledczej rzadko bywają stwierdzeniami bezwzględnie prawdziwymi z ustalonej wartości logicznej. Ponadto dokonywanie ustaleń faktycznych w postępowaniu ma charakter probabilistyczny, więc lepiej stosować otwarty system rozumowania niż zamknięty system rozumowania²⁹. Takim otwartym sposobem wnioskowania jest na pewno indukcja oraz abdukcja, natomiast zamkniętym, właściwie rozumowanie dedukcyjne. Przytoczone tezy przemawiające za ograniczeniem stosowania dedukcji w analizie ledczej mogą jednak wydawać się dyskusyjne, choć twierdzenie o sporadycznym wykorzystywaniu tych rozumowań w toku dokonywania ustaleń faktycznych jest raczej mało kontrowersyjne.

Podsumowując niniejsze rozważania, należy uznać, że analiza ledcza to zabieg poznawczy polegający na prowadzeniu przede wszystkim twórczych rozumowań dowodowych. Rezultatami tych procedur są argumenty dowodowe oraz narracje uzasadniające przyjęcie określonej wizji zdarzenia. Dzięki stosowaniu rozumowań uprawdopodobniających, które wiodą prym w analizie ledczej, takich jak abdukcja oraz indukcja, możliwe jest rozszerzenie dostępnej w danym czasie bazy informacyjnej i osiągnięcie niebanalnych wniosków, choć te ostatnie, ze względu na cech podważalności inferencji, mogą zostać odrzucone lub skorygowane w perspektywie dalszych czynności analitycznych. Dlatego ta zasada *quidquid agis, prudenter agas et respice finem*, powinna mieć pełne zastosowanie, przy uwzględnieniu tezy, zgodnie z którą rozumowania dowodowe w analizie ledczej zawsze angażują elementy rozumowań abdukcyjnych, indukcyjnych i dedukcyjnych³⁰.

²⁹ W. Twining, *Rethinking Evidence, Exploratory Essays*, Cambridge 2006, s. 242.

³⁰ T. Anderson, D. Schum, W. Twining, *Analysis...*, *op. cit.*, s. 58.

El bieta Jabło ska

„Zapomniany profesor”¹ - Józef Michał Rosenblatt



Fot. 1. Józef Michał Rosenblatt²

Wybitny prawnik, profesor prawa i procesu karnego Józef Michał Rosenblatt był rodowitym krakowianinem. Urodził się 19 marca 1853 r. w rodzinie adwokackiej³, jako syn doktora prawa cywilnego Joachima Chaima Rosenblatta i Karoliny Szyfry Jochebet z Einbildów na krakowskim Kazimierzu przy ulicy Szerokiej. Rodzina Rosenblattów była

¹ J. Widacki, *Szkice z dziejów prawa karnego i kryminologii w Krakowie, myli i ludzie*, Krakowskie Towarzystwo Edukacyjne sp. z o.o. - Oficyna Wydawnicza AFM, Kraków 2014, s. 127.

² *Historia Katedry Prawa Karnego Wydziału Prawa i Administracji UJ*, dostępne na: www.law.uj.edu.pl.

³ AUJ [Archiwum Uniwersytetu Jagiellońskiego], *Akta personalne Józefa Rosenblatt*, sygn. S II 619, AUJ, *Akta habilitacyjne Józefa Rosenblatt*, sygn. WP II 138.

z dawna osiadł w Krakowie rodzin ydowsk . Ojcem Joachima był odeski kupiec Hirszt Rosenblatt, a matk Biena Rosenblatt⁴.

Józef Michał pochodził z wielodzietnej rodziny. Miał co najmniej czworo rodze stwa, siostry: Han Beil po m u Chajes (ur. 27 grudnia 1850 r.) i Mari po m u Hoppen (ur. 7 sierpnia 1858 r.) oraz braci: Emanuela Majera Issera (ur. 7 sierpnia 1854 r.) i Henryka Hirscha (ur. 9 grudnia 1864 r.)⁵. Brat Emanuel był znanym krakowskim lekarzem i doktorem nauk lekarskich, a Henryk adwokatem, zmarł jednak przedwcze nie w wieku 28 lat⁶.

Józef Michał Rosenblatt rozpoc ł edukacj w szkole powszechnej, tzw. normalnej, mieszcz cej si w pałacu Larischa w Krakowie. Nast pnie w latach 1864-1871 był uczniem Gimnazjum w. Anny. Młody Józef Michał był zawsze uczniem celuj cym i jak pisze w swoim *curriculum vitae* „przez osiem klas otrzymywa ł wiadectwo celuj cego post pu”⁸ .



Fot. 2. Curriculum vitae Józefa Michała Rosenblatta⁸

⁴ Rosenblatt, rodzina [hasło], [w:] *Corpus studiosorum Universitatis Iagellonicae 1850/51-1917/18*. R, red. K. Stopka, s. 228-231.

⁵ J. Widacki, *Szkice z dziejów prawa...*, op. cit., s. 132-133.

⁶ Rosenblatt, rodzina [hasło], [w:] *Corpus studiosorum...*, op. cit.

⁷ Curriculum vitae, [w:] AUJ, Akta personalne., op. cit.

⁸ Curriculum vitae., op. cit.

Egzamin dojrzało ci złożył 22 czerwca 1871 r., otrzymując oceny celujące (z religii, języka polskiego i historii naturalnej) i bardzo znakomite (z języka łacińskiego, greckiego, niemieckiego, historii i geografii, matematyki oraz fizyki). Jedyne z zoologii otrzymał ocenę chwalębną. Na podstawie takich wyników komisja egzaminacyjna uznała Rosenblattę za „dojrzałego z odszczególnieniem”⁹. W październiku 1871 r., idąc w ślady ojca, zapisał się na Wydział Prawa i Administracji C.K. Uniwersytetu Jagiellońskiego¹⁰. Podczas studiów najbardziej interesowały go wykłady prof. Aleksandra Bojarskiego z prawa i procesu karnego. Wtedy też postanowił specjalizować się właśnie w tej dziedzinie prawa.

Jeszcze jako student napisał pierwszą swoją pracę *Zasady nauki o udziale w przestępstwie*¹¹, która została opublikowana w 1874 r. przez Bibliotekę Umiejętności Prawnych, po wygranej w konkursie uniwersyteckim.

ZASAD! NAUKI

O

Józef Rosenblatt.

„Melisa es: aniaortm ealta, qmn term
jstaruni civitatea in officio teuere.”



Fot. 3. Strona tytułowa *Zasad nauki o udziale w przestępstwie*¹²

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ J. Widacki, *Szkice z dziejów prawa...*, *op. cit.*, s. 133-134.

¹¹ *Idem*, *Adwokat profesor Józef Rosenblatt i jego udział w krakowskim procesie Ludwika Waryńskiego i towarzyszy*, „Palestra” 2013, nr 11-12, s. 124.

¹² J.M. Rosenblatt, *Zasady nauki o udziale w przestępstwie*, Warszawa 1874.

Rok wcze niej, 28 lipca 1873 r., Rosenblatt otrzymał wiadectwo z odbytego pierwszego stopnia egzaminu rz dowego historyczno-prawnego. Drugi egzamin rz dowy zdał 26 czerwca 1875 r., a 23 wrze nia tego roku uzyskał absolutorium z nauk prawno-politycznych. Ostatni egzamin rz dowy zdał 1 pa dziernika 1875 r.¹³ Wszystkie egzaminy zaliczył z odznaczeniem. Ko cz c studia, deklarował znajomo , poza j zykiem polskim, j zyka niemieckiego, francuskiego i angielskiego (w gimnazjum na maturze zdawał łacin i grek). W pa dzienniku tego roku na podstawie otrzymanego absolutorium i zdanych egzaminów przyst pił do praktyki s dowej w C.K. S dzie Krajowym Karnym w Krakowie. Po sze ciu tygodniach został zamianowany bezpłatnym auskultantem (aplikantem) s dowym na całorocz n praktyk . Z pocz tkiem 1876 r. na podstawie trzech egzaminów cisłych (rygorozów) uzyskał stopie doktora praw¹⁴.

W trakcie odbywania praktyki s dowej otrzymał 27 marca 1876 r. na wniosek Wydziału Prawa i Administracji C.K. Uniwersytetu Jagiello skiego od C.K. Ministerstwa O wiaty stypendium na podró naukow do Niemiec. Zwrócił si w zwi zku z tym do C.K. Prezydium S du z informacj o otrzymanym stypendium, prosz c jednoczenie o zwolnienie na okres trzech miesi cy (od kwietnia do lipca) z posady auskultanta¹⁵. Stypendium otrzymał pod warunkiem dalszego kształcenia si w prawie karnym i habilitacji (po powrocie) na jednym z uniwersytetów krajowych oraz prowadzenia wykładów przez sze lat. Podczas pobytu w Niemczech odwiedził uniwersytety w Berlinie, Lipsku i Monachium; ucz szczał tam na wykłady, brał udział w seminariach¹⁶. Po powrocie, w lipcu 1876 r., doko czył rozpocz t przed wyjazdem rozpraw *Rzecz o zbiegu przest pstw z uwzgl dnieniem obecnego ustawodawstwa karnego w Europie*, któr zło ył wraz z wnioskiem o dopuszczenie do docentury z prawa i procesu karnego¹⁷.

Oprócz wymienionej pracy podstaw habilitacji były jeszcze dwa artykuły opublikowane w „Prawniku” oraz „Przegl dzie S dowym i Administracyjnym”. Po odbytych kolokwium i wygłoszonym wykładzie *Kara uwi zienia i zakłady karne* ograniczono mu *veniam legendi* tylko do prawa karnego, uznaj c, e wykład habilitacyjny i przedstawione publikacje

¹³ J. Widacki, *Szkice z dziejów prawa.*, *op. cit.*, s. 135.

¹⁴ *Curriculum vitae.*, *op. cit.*

¹⁵ J. Widacki, *Szkice z dziejów prawa.*, *op. cit.*, s. 136.

¹⁶ *Curriculum vitae.*, *op. cit.*

¹⁷ J. Widacki, *Od szkoły klasycznej do neoklasycznej w prawie karnym*, Kraków 2016, s. 55.

nie dotyczy problematyki procesu karnego¹⁸. 30 kwietnia 1877 r. Rosenblatt został docentem prywatnym, z prawem wykładu tylko z prawa karnego materialnego. Rosenblattowi zależało na rozszerzeniu *veniam legendi* na proces karny, dlatego 14 grudnia 1877 r. zwrócił się do Wydziału Prawa i Administracji z prośbą o rozszerzenie prawa wykładu na proces karny, dołączając opublikowane rozprawy *Krótki pogląd na historię instytucji prokuratury i organizacji takiej w główniejszych państwach Europy*, jednak po wstępnej opinii prof. Bojarskiego wycofał ją, a rozszerzenie habilitacji otrzymał dopiero w 1878 r. na podstawie rozpraw *Gwarancje sprawiedliwego wyroku w procesie karnym* i *Rzecz o sędziach ławników*¹⁹. W pracach tych opisał, jak w rzeczywistości jest udział obywateli w sprawowaniu sędziownictwa karnego, miał na myśli ławników, którzy mieliby brać czynny udział w procesie, wprowadzając do niego harmonię. Problemy wymiaru sprawiedliwości były dla Rosenblatta ważne i często do nich wracał w późniejszych publikacjach.



Fot. 4. Podanie Rosenblatta o dopuszczenie do docentury z prawa i procesu karnego²⁰

¹⁸ J. Widacki, *Adwokat profesor Józef Rosenblatt*, op. cit., s. 124-125.

¹⁹ Idem, *Od szkoły klasycznej*, op. cit., s. 55.

²⁰ AUJ, *Akta habilitacyjne*, op. cit.

W tym samym czasie, bo od 1877 r. (zaraz po pierwszej habilitacji), zaczął prowadzić czynną praktykę adwokacką. Mimo że był dopiero aplikantem adwokackim, zgodnie z ówczesnymi obowiązującymi austriackimi ustawami o postępowaniu karnym z 1873 r., obrońcami w sprawach karnych mogły być osoby wpisane do wykazu obrońców, które prowadził kadry sąd II instancji. Wpis do wykazu mogli otrzymać adwokaci oraz prawnicy, którzy złożyli egzamin sędziowski, notarialny lub adwokacki, a także doktorzy prawa bądź członkami ciała nauczycielskiego na Wydziale Prawa i Administracji. Członkami tego ciała byli także docenci prywatni. Mimo że Rosenblatt nie był jeszcze adwokatem, został wpisany do wykazu obrońców, ponieważ był po egzaminie sędziowskim i był prywatnym docentem na Wydziale Prawa i Administracji UJ²¹.

W sierpniu 1879 r. Józef Michał Rosenblatt ożenił się z Klarą Kopplemann (ur. 20 marca 1858 r.). Z małżeństwa tego urodziło się pięć dzieci: syn Alfred (ur. 22 czerwca 1880 r.) oraz córki: Joanna Eugenia (ur. 12 listopada 1882 r.), Paulina (ur. 30 maja 1884 r.), Karola (ur. 12 czerwca 1891 r.) i Helena (ur. 6 marca 1899 r.). Syn Rosenblatta Alfred był wiatowej sławy matematykiem z zakresu geometrii algebricznej. Niestety w Polsce prawie zupełnie zapomniany, z uwagi na to, że w 1936 r. wyjechał do Peru, tam otrzymał katedrę na Uniwersytecie w Marka w Limie. Był autorem około 200 prac matematycznych, zajmował się również astronomią. Pisał po polsku, hiszpańsku, niemiecku, włosku oraz francusku prace z geometrii, topologii, hydrodynamiki oraz mechaniki. Córka Joanna Eugenia również była wykształconą, ukończyła Wydział Filozoficzny na Uniwersytecie Jagiellońskim²².

Zkończył w 1882 r. Rosenblatt ukończył praktykę adwokacką, ale dwa lata wcześniej, czyli jeszcze jako początkujący palestrant, mając zaledwie 27 lat, wygłosił mowę jako obrońca w głośnym krakowskim procesie Ludwika Waryńskiego i jego towarzyszy w 1880 r. Wikszości oskarżonych, w tym Ludwika Waryńskiego i jego brata Stanisława, bronił adwokat dr Maksymilian Machalski. Rosenblatt bronił czterech oskarżonych: Witolda Piekarskiego, Mieczysława Makowskiego, Adolfa Inlaendera oraz Ludwika Staszewicza. Proces rozpoczął się dla oskarżonych w bardzo nieprzychylniej atmosferze. Młodzi, inteligentni ludzie, kontrastujący z tym potęgą prokuratora, szybko zjednali sobie publiczność, a także sąd. Sam Waryński wygłosił płomienne przemówienie z ławy oskarżonych, o mieszając i kpiąc ze słów prokuratora²³. Swoją mowę

²¹ *Ibidem*, s. 56-57.

²² D. Ciesielska, L. Maligranda, *Alfred Rosenblatt (1880-1947)*, „Wiadomości Matematyczne” 2014, nr 50, s. 221-259.

²³ J. Widacki, *Adwokat Profesor Józef Rosenblatt...*, *op. cit.*, s. 125-126.

obrocz Rosenblatt głosił w dniu następnym, po swoim szacownym poprzedniku adwokacie Machalskim, co nie omieszkął podnieść, zaczynając swoje wystąpienie i podkreślać zasługi swojego przedmówcy. Wykorzystując swoje zdolności krasomówcze, przedstawił prowadzone od roku na wielką skalę ledztwo. Właściwe słowa, opowiadał o gonitwach za podejrzanymi i „chorych rywalizacjach”²⁴ policyjnego komisarza, prokuratora rzadowego i szlachetnego ledczego, aby pojmać i aresztować „ludzi bez czci i wiary, złoczyńców najgorszych”²⁵ czyli socjalistów. Rosenblatt w mocno obrazowy sposób przedstawił publicznie ci jej wyobrażenie o socjalistach, ludziach „bez inteligencji i wychowania, o twarzach zbójceckich i włosie najeżonym w surdutach dziurawych i koszlawych butach”²⁶, co w żadnej mierze nie miało przełożenia na to, co widzieli przed sobą, tj. „ludzi młodych, przyzwoitych, inteligentnych, a nawet sympatycznych”²⁷. Sprawa była poważna, bowiem za „knowania socjalistyczne i spisek socjalno-rewolucyjny”²⁸ groziła im kara śmierci. Na barkach młodego prawnika spoczywała ogromna odpowiedzialność, dlatego użył całego swojego talentu, aby przedstawić w sposób jak najbardziej przekonujący niewinność swoich mocodawców. Przeanalizował przed sobą w najdrobniejszych detalach zarzuty stawiane oskarżonym, wyjaśnił, na czym polega istota zbrodni zakłócenia spokoju publicznego i to, że postępowanie oskarżonych z krytyką ustroju społecznego nie miało nic wspólnego. Na wietlił zebranych zasady i dążności socjalizmu, uzmysławiając, że „każdy kogo obchodzi nędza i bieda ludzka, każdy, kto się nad nią zastanawia i rad by ją usunąć”²⁹ jest właśnie socjalistą, że oni „chcą usunąć nędzę ludzką, przez gruntowną reformę [...] i chcą bronić ludzi pracujących”³⁰. W swojej mowie Rosenblatt wyjaśniał również zasady ekonomiczne socjalizmu, uczynił to w sposób jasny i prosty, aby zgromadzona publiczność dobrze go zrozumiała. Zaznaczył, że „kwestie religii i rodziny z kwestii socjalnych nie mają nic wspólnego”³¹, a wręcz przeciwnie, że „religia i rodzina są podwalinami każdego ustroju społecznego, a więc i w państwie socjal-

²⁴ *Adwokat Józef Rosenblatt - przemówienie na procesie socjalistów w Krakowie w lutym 1880 r.*, oprac. T.J. Kotliński, „Palestra” 2013, nr 11-12, s. 101-123; oryginalny tekst Rosenblatta został opublikowany w „Czasie” 1880, nr 89 i 9.

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ibidem.*

nym byt mie musz”³². Na koniec przeczytał i przeanalizował punkt po punkcie *Program polskich socjalistów*, odnosząc treść w nim zawartą do zarzutów stawianych oskarżonym. Wy tłumaczył znaczenie słowa „rewolucja”, a w pojęciu socjalistów „rewolucja społeczna to tworzenie, wzrost, przeobrażenie i postęp”³³, to ci głędsze do czego lepszego, „rewolucja to ruch i postęp, to życie, brak rewolucji to zastój, to śmierć”³⁴. W ten sposób udowodnił, że program ten „choćby jednym słowem o osobie Najjaśniejszego Pana nie wspomina”³⁵, nie ma też w nim żadnej wzmianki o pogardzie czy nienawiści, ani wezwania „do pogardy lub nienawiści przeciw komukolwiek, a w szczególności przeciw osobie Monarchy czy urzędziom politycznym”³⁶. Kończąc swój mów, podkreślił, że występuje nie tylko w imieniu czterech oskarżonych, ale wszystkich obywateli, dla których „najważniejsze, najistotniejsze i najważniejsze są interesy społeczeństwa”³⁷. Zwracając się do sędzi, „wyraził nadzieję, że wyrok będzie wyrazem opinii powszechnej, sędziom nie tylko oskarżonych, ale samej sprawy, zgodne z prawem, sumieniem i przekonaniem, aby kolejna taka sprawa w sali sądowej się nie odegrała”³⁸.

16 kwietnia 1880 r. sędzi uniewinnił wszystkich oskarżonych od zarzutu zbrodni zaburzenia spokoju publicznego, wymierzając tylko niewielką karami symboliczną za zameldowanie w Krakowie pod fałszywym nazwiskiem lub nielegalny wjazd do Galicji. Mowa obrońcy Rosenblatta została uznana przez socjalistów niemieckich za znakomity wykład, który w przystępnej formie tłumaczy idee socjalizmu i wydali ją w formie broszury (prawdopodobnie bez zgody i wiedzy jej autora)³⁹. 40 lat później, w 1921 r., Max Neuda i Leo Schmelz zamieścili mów Rosenblatta w księgę wydanej w Wiedniu pod tytułem *Berühmte Verteidigungsreden*, czyli *Słynne mów obrońcy*⁴⁰.

W 1885 r. Rosenblatt otworzył kancelarię adwokacką, która mieściła się koło jego mieszkania przy ul. Basztowej 19.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

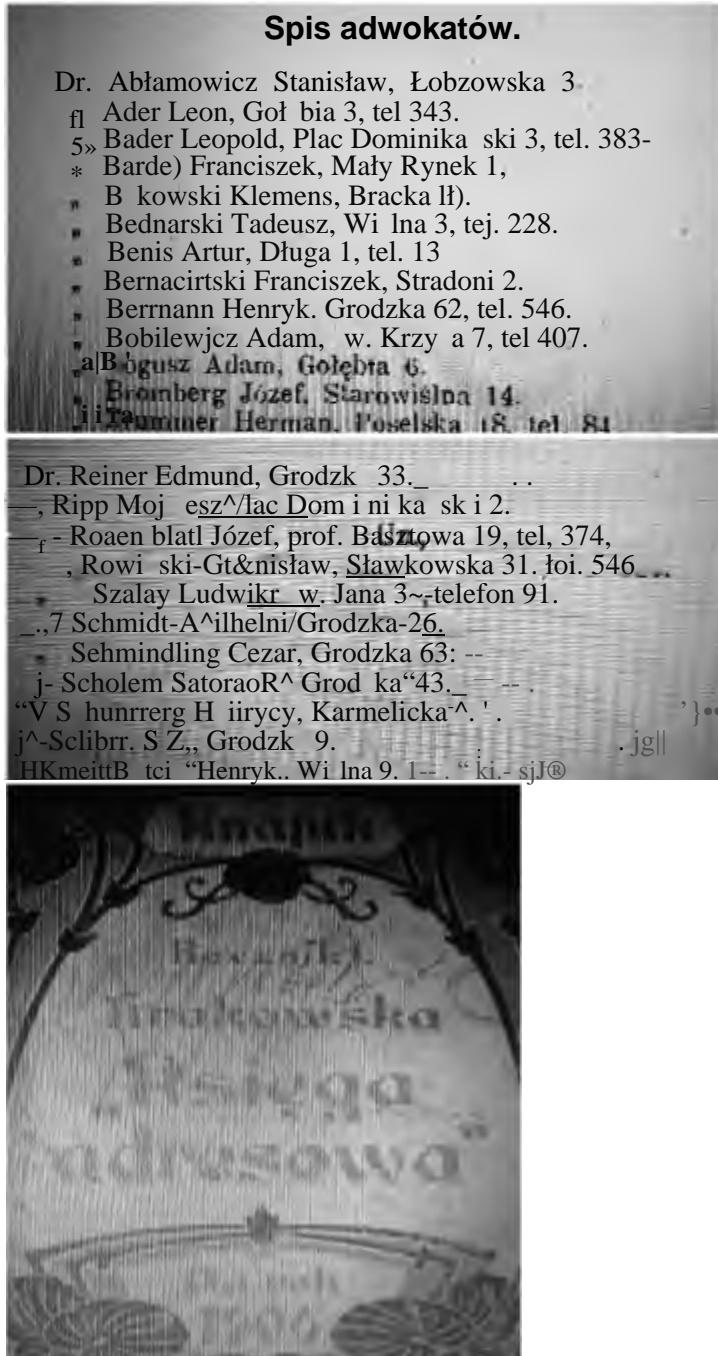
³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Adwokat Józef Rosenblatt - przemówienie na procesie socjalistów w Krakowie w lutym 1880 r., oprac. T.J. Kotliński, „Palestra” 2013, nr 11-12, s. 101-123; oryginalny tekst Rosenblatta został opublikowany w „Czasie” 1880, nr 89 i 9.

³⁹ J. Widacki, *Adwokat profesor Józef Rosenblatt...*, op. cit., s. 126.

⁴⁰ J. Kocznur, *Z historii wymowy sądowej w b. zaborze austriackim*, „Palestra” 1963, nr 7/9, s. 49.



Fot. 5. Rosenblatt w spisie krakowskich adwokatów⁴¹

⁴¹ *Krakowska ksi ga adresowa na rok 1906*, red. J. Knapik, Kraków 1905, s. 512.

Od tego czasu praktyk adwokack wykonywał nieprzerwanie, ciesząc się ogromnym powodzeniem jako obroca w sprawach karnych i cywilnych⁴².

Bronił między innymi w 1898 r. oskarżonych o zabójstwo właścicieli browaru w Szaflarach - Chaima i Salomona Farberów. Groziła im kara śmierci, a w najlepszym wypadku długoletnie więzienie. Wówczas to, już jako profesor, Rosenblatt wraz ze swoim kolegą dr Eliaszem Goldhammerem wywalczyli zmian kwalifikacji prawnej czynu i na koniec (po odwołaniu do Trybunału Najwyższego w Wiedniu) skazano Chaima Farbera na cztery lata więzienia, a Salomona uniewinniono⁴³. Na przełomie XIX i XX w. rola mowy obroczej była o wiele większa niż obecnie. Wtedy o winie decydowali przysięgli, liczyła się więc nie tylko wiedza i umiejętność prawnicze, ale i dar przekonywania przysięgłych, niezbędną więc była umiejętność argumentacji, aby trafić nie tyle do rozsądku, ale do uczuć i emocji przysięgłych⁴⁴. Rosenblatt praktyk adwokack kontynuował aż do śmierci. Występował w bardzo różnych sprawach, zarówno kryminalnych, jak i cywilnych. Czciowo jego aktywność procesowa została zapisana na kartach ówczesnych gazet: „Nowej Reformy” czy „Gazety Narodowej”⁴⁵. Wśród współczesnych mu obroców wyróżniał się głębią wiedzy prawniczej, a zwłaszcza niezwyklej umiejętności wykładni przepisów prawa w pięknej formie stylistycznej⁴⁶.

Rosenblatt rozpoczął pracę naukową na Uniwersytecie Jagiellońskim w 1877 r. Od 1878 r., po rozszerzeniu kwalifikacji na postępowanie karne, wykładał proces karny razem z prof. Bojarskim. Kończąc półroczną letniego w 1883 r. zakończył sześcioletni okres, przez który był obowiązany wykładać na uniwersytecie. Po tym czasie sporządził wysokiemu C.K. Ministerstwu Oświaty sprawozdanie z wykładów i prac naukowych. Sprawozdanie to zostało przyjęte do wiadomości, a Rosenblattowi, restryktem z dnia 2 listopada 1883 r., wyrażono uznanie „za rzeczony działalność na polu nauki i umiejętność”⁴⁷. Po śmierci profesora Bojarskiego w 1884 r. wydział był zmuszony do obsadzenia Katedry Prawa i Postępowania Karnego. Powołano w tym celu stosowną komisję, która zaproponowała dwóch docentów mających równe kwalifikacje: Józefa Rosenblatta i Edwarda Krzymuskiego. Ministerstwo orzekło, że Krzymuski powinien być przede wszystkim pracownikiem naukowym, więc lepiej będzie

⁴² J. Widacki, *Szkice z dziejów prawa...*, op. cit., s. 155.

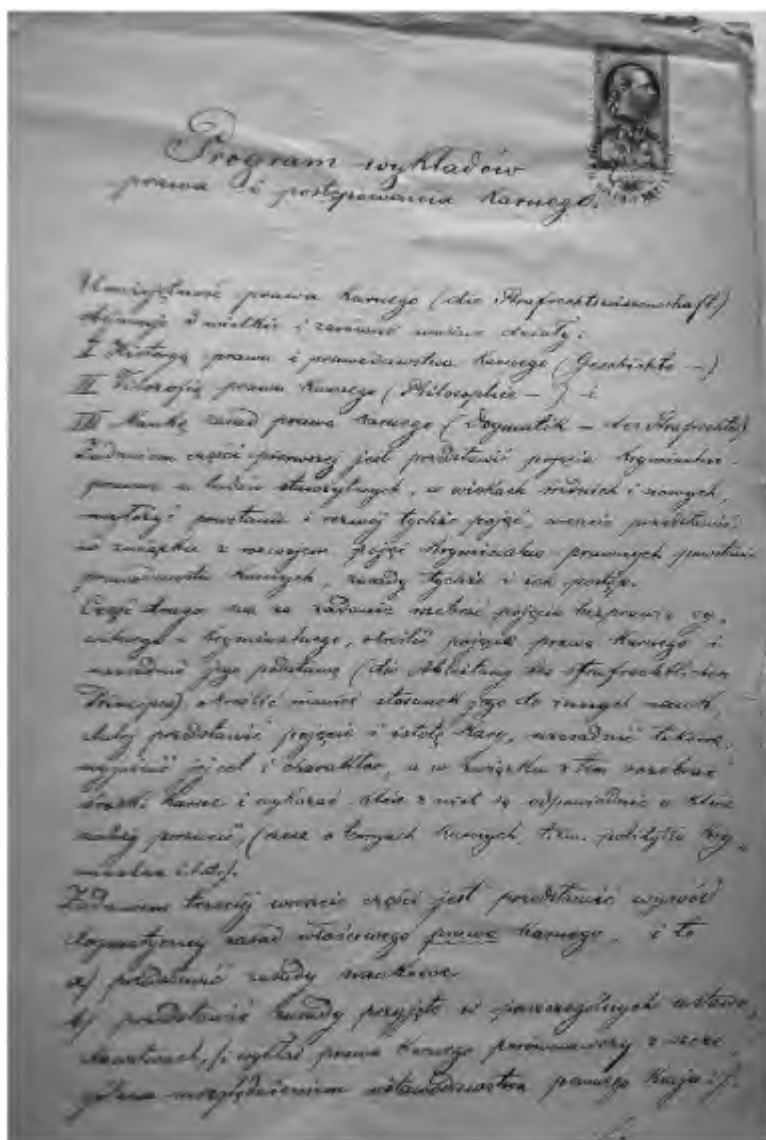
⁴³ *Idem*, *Stulecie krakowskich detektywów*, Warszawa 1987, s. 147-148.

⁴⁴ *Idem*, *Szkice z dziejów prawa...*, op. cit., s. 132.

⁴⁵ *Idem*, *Od szkoły klasycznej...*, op. cit., s. 58.

⁴⁶ J. Kocznur, *Z historii wymowy...*, op. cit., s. 49.

⁴⁷ *Curriculum vitae*, op. cit.

Fot. 6. Program wykładów Rosenblatta⁴⁸

nadawał si do kształcenia młodzie y i mianował go profesorem nadzwyczajnym (w 1884 r.), a Rosenblatt, w zwi zku z tym, e zajmował si te adwokatur , otrzymał tylko tytuł i charakter profesora nadzwyczajnego. Dopiero 22 listopada 1887 r., po kilkakrotnych pro bach, został zamianowany profesorem nadzwyczajnym bezpłatnym, a 2 grudnia *

⁴⁸ AUJ, Akta habilitacyjne..., op. cit.

1893 r. profesorem zwyczajnym (Krzymuski tak nominację otrzymał 1888 r.). Obaj wykładali prawo karne na Uniwersytecie Jagiellońskim przez długi czas, Krzymuski 44 lata - do 1928 r., a Rosenblatt przez 40 lat - do 1917 r.

Z uwagi na to, że Rosenblatt był nie tylko teoretykiem, ale i doskonałym praktykiem, Wydział Prawa i Administracji UJ skorzystał z tych walorów i zlecił mu prowadzenie zastępczo, za prof. Stanisława Madeyskiego, wykładów z procedury cywilnej przez trzy lata i prawa cywilnego przez pięć lat⁴⁹.

Rosenblatt pozostawił po sobie wiele prac. Jak wynika z zestawienia Marka Bielskiego, opublikował łącznie 124 prace naukowe w języku polskim i niemieckim⁵⁰.

Dorobek pięcioletni budzi podziw nie tylko swoją ilością, ale i różnorodnością naukową zainteresowań ich twórcy. Publikacje dotyczą prawa karnego materialnego i procesowego, prawa cywilnego, procedury cywilnej, prawa handlowego i prasowego. W swoich pracach karnistycznych ukazuje doskonałą znajomość praktyki, jej potrzeb i niedostatków. Jego utwory mają też charakter krytycznej analizy sądów i organów ścigania⁵¹. Część prac Rosenblatta dotyczy także zagadnień kryminologicznych, spośród innych: *Psychologia morderstwa*, *O psychologicznych motywach zbrodni*, *Kilka cyfr z galicyjskiej statystyki kryminalnej*, *Szkice ze świata zbrodni*. Z analizy jego twórczości wyłania się obraz wnikliwego i uważnego obserwatora, krytycznego czytelnika literatury fachowej⁵². Publikował między innymi w: „Przeglądzie Sądowym”, „Prawniku”, „Czasopiśmie Prawniczym i Ekonomicznym”, „Gazecie Sądowej Warszawskiej”, „Gerichtszeitung”, „Archiv für Strafrecht”⁵³. Najwybitniejszym jego dziełem był *Wykład austriackiego procesu karnego*⁵⁴. Za uczestnictwo w pracach „przygotowawczych około reformy materialnego i formalnego prawa karnego austriackiego” zyskał uznanie Jego Cesarskiej i Królewskiej Apostolskiej Mości [...] o czym powiadomiono Uniwersytet pismem z 9 stycznia 1910 r.”⁵⁵

⁴⁹ M. Patkaniowski, *Dzieje Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego od reformy Kołłątajowskiej do końca XIX stulecia*, „Zeszyty Naukowe UJ. Prace Prawnicze” 1964, R. 79, z. 13, s. 392-396.

⁵⁰ M. Bielski, *Dwustulecie Katedry Prawa Karnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego*, Kraków 2011.

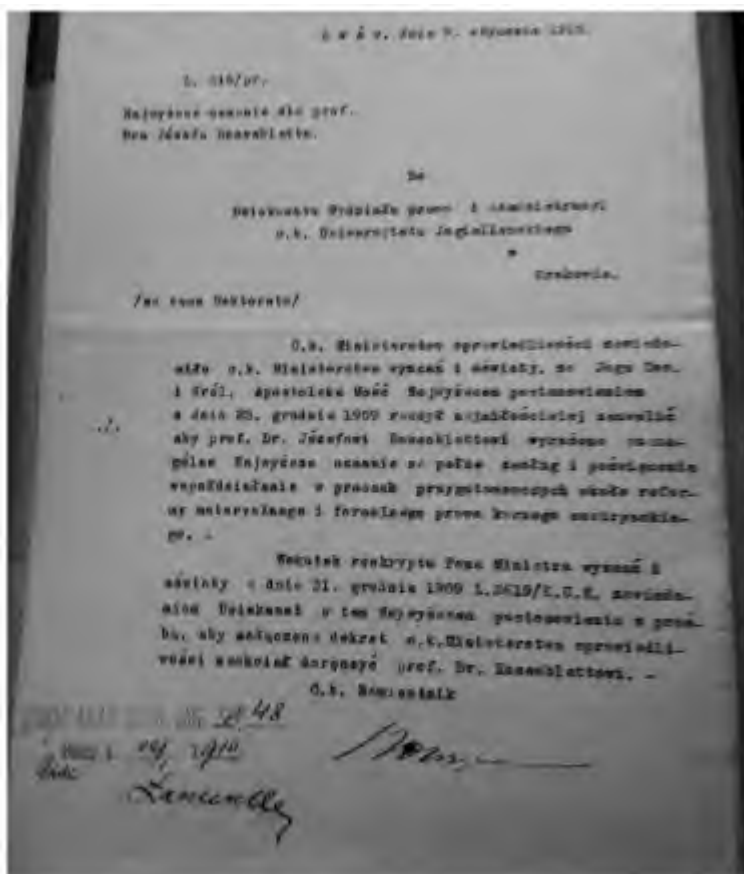
⁵¹ J. Widacki, *Szkice z dziejów prawa*, op. cit., s. 143.

⁵² Idem, *Od szkoły klasycznej*, op. cit., s. 60-61.

⁵³ *Curriculum vitae*, op. cit.

⁵⁴ M. Patkaniowski, *Dzieje Wydziału Prawa*, op. cit., s. 396.

⁵⁵ J. Widacki, *Szkice z dziejów prawa*, op. cit., s. 158.



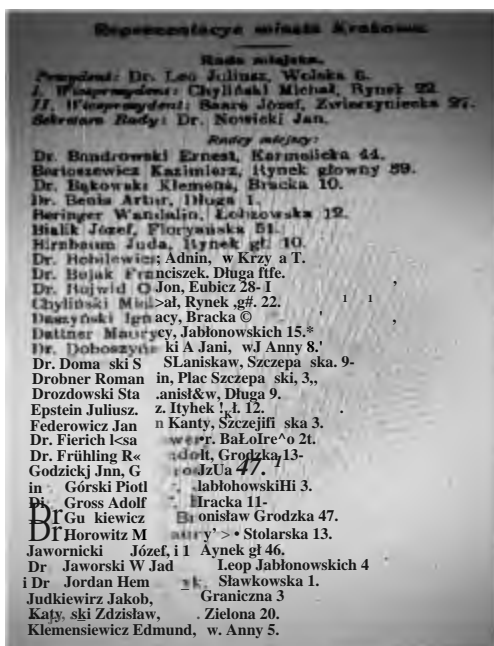
Fot. 7. Podzi kowanie zło one Rosenblattowi⁵⁶

Poza działalno ci naukow i adwokack Józef Rosenblatt był długoletnim krakowskim radnym miejskim i to przez trzy kadencje, od 1899 r. a do mierci w 1917 r.

Działaj c w Radzie Miejskiej unikał skrajno ci, lawirował mi dzy konserwatystami a socjalistami, koncentruj c si na problemach miasta i jego ludno ci, z dała od sporów ideologicznych. W pracy kierował si zdrowym rozs dkiem i pragmatyzmem. Fakt, e przez tyle kadencji zasiadał w Radzie Miejskiej i był do niej wybierany, wiadczy o tym, e był w Krakowie znany i ceniony. Popierał rozszerzenie praw wyborczych mieszka ców miasta, umo liwiaj cy kobietom dost p do szkół i studiów⁵⁶.

⁵⁶ Podzi kowanie zło one J.M. Rosenblattowi przez c.k. namiestnika, [w:] AUJ, Akta habilitacyjne..., op. cit.

⁵⁷ J. Widacki, *Od szkoły klasycznej...*, op. cit., s. 77-80.



Fot. 8. Spis przedstawicieli miasta Krakowa: Rady Miejskiej i radców miejskich⁵⁸

⁵⁸ Krakowska księga adresowa na rok 1906..., op. cit. s. 53-54.

Rosenblatt działał także w samorządzie adwokackim, w latach 1903-1904 był wiceprezesem Izby Adwokackiej w Krakowie, brał aktywny udział w przygotowaniu I Zjazdu Adwokatów we Lwowie w 1914 r.⁵⁹ Był również aktywnym członkiem komisji prawniczej Akademii Umiejętności i członkiem Międzynarodowego Towarzystwa Prawa Karnego w Brukseli. W *Złotej księdze Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego* figuruje jako „wybitna osoba uczelni w ostatnim okresie”⁶⁰.

Rosenblatt zmarł 1 czerwca 1917 r. w Baden pod Wiedniem, pochowany został 5 czerwca na cmentarzu żydowskim w Krakowie przy ul. Miodowej. Niestety grób się nie zachował, choć miejsce pochówku jest znane (kwatery VI, rz. d 3, miejsce 21)⁶¹.

Józef Michał Rosenblatt był wybitnym prawnikiem, szkoda, że często niedocenianym. Wydaje się, że tylko jako adwokat czuł się w pełni usatysfakcjonowany, jako wykładowca na uczelni zawsze pracował w cieniu swojego kolegi Edmunda Krzymuskiego, „z którym znakomicie się uzupełniał”⁶². Trudno powiedzieć, czy z uwagi na swoje pochodzenie, czy ze względu na drugą pracę w adwokaturze, traktowany był zawsze jako ten drugi w kolejności mimo swoich zdolności (oceny celujące już od najmłodszych lat) i pracowitości (adwokat, profesor, radny miejski, ponad 100 opublikowanych prac). Warto, aby młode pokolenie prawników zapamiętało nazwisko tego niezwykłego człowieka, i opowiedziało o nim następnym pokoleniom. Józef Michał Rosenblatt na pewno nie zasłużył sobie na to by zapomnianym profesorem.

⁵⁹ J.M. Rosenblatt [hasło], [w:] *Polski słownik biograficzny*, t. 32, Wrocław 1989-1991.

⁶⁰ M. Paszkowska, *Złota księga Wydziału Prawa i Administracji*, red. J. Stelmach, W. Uruszczyk, Kraków 2000 [recenzja], „Zeszyty Prawnicze” 2003, nr 3/1, s. 257.

⁶¹ J. Widacki, *Szkice z dziejów prawa...*, op. cit., s. 159.

⁶² *Ibidem*, s. 131.

Piotr Kardas

Podstawy odpowiedzialności za współdziałanie w popełnieniu wykroczenia. Kilka uwag o nieistniejących przepisach

Poszukując tematu rozważań dedykowanych Profesorowi Janowi Widac-kiemu, kreślonych z zamiślem zamieszczenia ich w księdze jubileuszowej wieczonej okres Jego akademickiej aktywności, wybrałem regulacje z zakresu prawa wykroczeń. Polski system odpowiedzialności za wykroczenia to bowiem regulacja szczególna. Obowiązuje od 1971 r. ustawa¹, mimo wielokrotnych nowelizacji odnoszących się do różnych zagadnień szczególnych, pozostaje zasadniczo niezmienna w zakresie regulacji zawartych w części ogólnej². Stwierdzenie to jest o tyle istotne, że rozważania kodeksu wykroczeń dotyczącej podstaw odpowiedzialności za współdziałanie w znaczącym zakresie nawiązują do regulacji przewidzianych nie-

¹ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. - Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 1971 r. Nr 12, poz. 114 ze zm.).

² W zakresie podstaw odpowiedzialności za współdziałanie w popełnieniu wykroczenia zmianie uległ tylko przepis art. 14 § 2 k.w., który pierwotnie stanowił: „Pod egac i pomocnik odpowiadaj w granicach swego zamiaru, chocia by osoba, która czynu zabronionego dokonała, nie ponosiła odpowiedzialności”. Zob. w tej kwestii interesujące uwagi: T. Grzegorzczak [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. *idem*, wyd. 2, Warszawa 2013, s. 81.

gdy w kodeksie karnym³ z 1932 r.⁴ Tym samym s przejawem szczególnej w polskim systemie prawa stało ci rozwi za . Zasadniczo opieraj si na teoretycznej koncepcji Juliusza Makarewicza i jednocze nie nawi zuj do techniczno-legislacyjnych uj regulacji współdziałania wykreowanych przez tego wybitnego teoretyka i filozofa prawa karnego w trakcie prac nad projektem kodeksu karnego z 1932 r. Nie s jednak dokładnym odzwierciedleniem polskiej koncepcji pod egania i pomocnictwa, zawieraj bowiem modyfikacje, które co najmniej w cz ci nawi zuj do koncepcji udziału w cudzym przest pstwie⁵. Analiza rozwi za zawartych w kodeksie wykrocze narzuca tym samym konieczno wejrzenia w prace Makarewicza oraz stanowisko doktryny i judykatury prezentowane w okresie obowi zywania kodeksu karnego z 1932 r. W ten sposób rozwa nia zamieszczone poni ej nawi zywa musz do bliskiego Profesorowi Janowi Widackiemu spojrzenia na obowi zuj ce rozwi zania prawne z perspektywy historycznej, uwzgl dniaj cej tak e filozoficznoprawne i teoretyczne zało enia wyj tkowej na skal wiatow koncepcji Makarewicza⁶.

Z punktu widzenia tzw. zjawiskowych postaci popełnienia wykroczenia kodeks wykrocze zawiera regulacje swoiste, zwłaszcza je li ocenia je w perspektywie rozwi za przyjmowanych od 1969 r. w kodeksie karnym⁷. Problematyce współdziałania w popełnieniu wykroczenia po wi cone s bowiem jedynie trzy przepisy cz ci ogólnej, które zasadniczo odnosz si do podstaw odpowiedzialno ci za pod eganie i pomocnictwo. Przepisy art. 12 i art. 13 k.w. charakteryzuj ogólnie uj te przesłanki odpowiedzialno ci za pod eganie (art. 12) oraz po-

³ Rozporz dzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. - Kodeks karny (Dz.U. z 1932 r. Nr 60, poz. 571 ze zm.).

⁴ W pi miennictwie wskazuje si , e regulacja dotycz ca odpowiedzialno ci za współdziałanie w popełnieniu wykroczenia oparta została na koncepcji J. Makarewicza, wyodr bniaj cej poszczególne postaci współdziałania. Zarazem jednak nie dostrzega si podobie stwa regulacji dotycz cej współdziałania zawartej w kodeksie wykrocze z 1971 r. do rozwi za funkcjonuj cych na gruncie kodeksu karnego z 1932 r. Zob. w tej kwestii m.in. O. Sitarz, *Materiałne prawo wykrocze . Cz ogólna*, Warszawa 2015, s. 74 i nast.; T. Bojarski, *Polskie prawo wykrocze . Zarys wykładu*, Warszawa 2003, s. 102 i nast.

⁵ Chodzi tutaj o wyra one w art. 14 k.w. elementy kwantytatywnej i kwalitatywnej akcesoryjno ci.

⁶ Co do teoretycznoprawnych, filozoficznoprawnych oraz dogmatycznych zało e opracowanej przez Makarewicza tzw. polskiej koncepcji pod egania i pomocnictwa zob. szerzej: P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialno ci karnej za przest pne współdziałanie*, Kraków 2001, s. 406 i nast. oraz powołana tam literatura przedmiotu.

⁷ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. - Kodeks karny (Dz.U. z 1969 r. Nr 13, poz. 94).

mocnictwo (art. 13), przepis art. 14 natomiast zawiera wyjątkowe na gruncie polskiego systemu prawa karnego rozwiązanie wyrażające zasady kwalitatywnej i kwantytatywnej akcesoryjności odpowiedzialności za podleganie i pomocnictwo, uzależnionej od dokonania wykroczenia przez bezpodległego wykonawcę; określa granice ustawowego zagrożenia dla niesprawczych postaci współdziałania w popełnieniu wykroczenia oparte na zasadzie równorzędności tych postaci ze sprawstwem oraz przewiduje zasadę indywidualizacji współdziałających w popełnieniu wykroczenia w zakresie strony podmiotowej⁸. Spoglądając na regulacje dotyczące współdziałania zamieszczone w części ogólnej kodeksu wykroczeń, z łatwością można na dostrzec, iż brak jest tam przepisu odnoszącego się do sprawstwa, zarówno w sferze dotyczącej podstawowej postaci, tj. sprawstwa pojedynczego bezpodległego⁹, jak i sprawczych postaci współdziałania w popełnieniu wykroczenia¹⁰.

⁸ Choć zasadniczo regulacja dotycząca podstaw odpowiedzialności za współdziałanie w popełnieniu wykroczenia opiera się na makarewiczowskim modelu wyodrębnienia sprawstwa oraz niesprawczych postaci współdziałania, to zarazem zawiera wyrażone odniesienie do programowo odrzucanej przez Makarewicza zasady kwalitatywnej i kwantytatywnej akcesoryjności odpowiedzialności za podleganie i pomocnictwo. W tym zakresie rozwiązanie zawarte w kodeksie wykroczeń nawiązuje, trudno powiedzieć, czy w sposób wiadomy, z perspektywy jego twórców, do koncepcji udziału w cudzym przestępstwie (*Teilnahme*). Co do istoty akcesoryjności podlegania i pomocnictwa, jej odmian oraz różnorakich mutacji na gruncie niemieckiego systemu prawa karnego zob. w tej kwestii szerzej: P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej*, op. cit. s. 204 i nast. oraz powołana tam niemieckojęzyczna literatura przedmiotu oraz niemieckie orzecznictwo. Por. też: T. Grzegorzczak [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. idem, wyd. 2, op. cit., s. 80-81.

⁹ Nie można wykluczyć, że brak odniesienia w części ogólnej k.w. do sprawstwa pojedynczego bezpodległego wynikał z nawiązania twórców tej ustawy do stanowiska J. Makarewicza wskazującego, że „wskazane jest roli sprawcy w ustawie nie określa; raz dlatego, by tym silniej wystąpiła samoistność działania podlegacza i pomocnika, a następnie dlatego, że jest to zupełnie zbędne, gdy, tak nauka, jak praktyka stoją przeważnie na stanowisku teorii obiektywnej i dają od sprawcy przedsięwzięcia tego właśnie działania, które powoduje bezpodległe zmiany w świecie zewnętrznym” - J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, wyd. 5, Lwów 1938, s. 128-129. Por. też stanowiska: S. Glaser, *Polskie prawo karne w zarysie*, Kraków 1933, s. 209-210; L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego, prawa o wykroczeniach, przepisów wprowadzających obie ustawy*, Kraków 1936, s. 100-101; W. Wolter, *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna*, Kraków 1933, s. 228. Zob. też szerzej: P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej*, op. cit., s. 423 i nast. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo.

¹⁰ Brak regulacji dotyczących sprawczych postaci współdziałania, w szczególności za współsprawstwa można tak wyjaśnić, odwołując się do koncepcji J. Ma-

Cała regulacja dotycząca sprawstwa i współdziałania w popełnieniu wykroczenia jest w zasadzie ujęta w kodeksie wykroczeń w sposób zbliżony do tego, jak czynił to kodeks karny z 1932 r.¹¹ W obu ustawach wyraźnie określają podstawy odpowiedzialności za podleganie i pomocnictwo, przyjmuje zasadę równorzędności tych postaci ze sprawstwem pojedynczym bezpodległym, czego przejawem jest sygnalizowane już powyżej identyczne ustawowe zagrożenia kar dla sprawstwa, podlegania i pomocnictwa, oraz całkowicie pomija jakkolwiek ogólną regulację dotyczącą sprawstwa we wszystkich dających się pomyśleć postaciach¹². Brak uregulowania sprawstwa oraz sprawczych postaci współdziałania w kontekście wyraźnego określenia przez ustawodawcę trzech jego odmian w art. 18 § 1 k.k. z 1997 r.¹³ uznawany jest za źródło poważnych komplikacji interpretacyjnych oraz trudno ci w stosowaniu prawa wykroczeń. Nabierają one szczególnego znaczenia wówczas, gdy przyjmuje się, że właśnie z uwagi na niezamieszczenie w ustawie stosownej regulacji nie jest możliwe wykorzystywanie konstrukcji współsprawstwa, sprawstwa kierowniczego oraz sprawstwa polecającego jako podstawy odpowiedzialności za współdziałanie w popełnieniu wykroczenia¹⁴.

karewicz, tyle tylko, że w tym zakresie rozważania przyjęte w kodeksie karnym z 1932 r. oparte były na trudnym do uzasadnienia pominięciu tej odmiany współdziałania, rodzajów poważnych komplikacje teoretyczne i dogmatyczne, choć niewpływające na przyjmowanie tej konstrukcji w praktyce stosowania prawa. Zob. w tej kwestii w szczególności: S. Glaser, *Polskie prawo karne*, *op. cit.*, s. 210 i nast. Szerzej: P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej*, s. 446 i nast.

¹¹ Zob. w szczególności: A. Berger, *Współsprawstwo. Uwagi do nieistniejącego w k.k. z 1932 r. przepisu*, Lublin 1934, *passim*; A. Wasek, *Współsprawstwo w polskim prawie karnym*, Warszawa 1977, *passim*; P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej*, *op. cit.*, s. 446 i nast.

¹² Trafnie podkreśla się w piśmiennictwie, że brak stosownej regulacji dotyczącej sprawstwa we wszystkich jego postaciach generuje poważne trudności. Na poziomie ogólnym istotne jest to, że kodeks wykroczeń nie tylko nie definiuje sprawstwa oraz sprawczych postaci współdziałania, ale w ogóle nie określa samych instytucji sprawstwa i sprawczych postaci współdziałania. Zob. w szczególności: O. Sitarz, *Materiałne prawo wykroczeń*, *op. cit.*, s. 75 i nast.

¹³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 ze zm.).

¹⁴ Stanowisko to jest rzadko prezentowane w radykalnej postaci w polskim piśmiennictwie. Przyjmuje je (jak się wydaje) m.in.: O. Sitarz, *Materiałne prawo wykroczeń*, *op. cit.*, s. 75-76. Co do znaczenia braku regulacji odnoszącej się do współsprawstwa oraz innych postaci sprawczego współdziałania na płaszczyźnie

Zestawiając podstawy odpowiedzialności za współdziałanie przewidziane w kodeksie wykroczeń z rozwiązaniem zawartymi w kodeksie karnym, okazuje się, iż w tym ujęciu¹⁵ nie jest możliwe oparcie odpowiedzialności za współdziałanie w popełnieniu wykroczenia na konstrukcji współsprawstwa, zarazem nie ma przeszkód, by wykorzystać konstrukcję w zakresie odpowiedzialności za współdziałanie w popełnieniu przestępstwa. Podobnie zagadnienie powyższe przedstawia się w odniesieniu do sprawstwa kierowniczego oraz sprawstwa polecającego¹⁶.

Paradoksy związane z powyższym rozróżnieniem *prima facie* nie jest szokujący, wszak można twierdzić, iż z uwagi na wagę bezprawia wykroczenia ustawodawca zdecydował o pominięciu regulacji sprawczego współdziałania, jako zbędnych podstaw poszerzenia zakresu odpowiedzialności za wykroczenia poza sferę „własnoręcznej”, wypełnianej w formie sprawstwa pojedynczego bezpośredniego, realizacji znamion wykroczenia¹⁷, uznając zarazem, że zasadne jest wprowadzenie pod-

wykładni i stosowania prawa zob. w szczególności znakomite uwagi A. Glasera, krytykującego możliwość odwoływania się do konstrukcji współsprawstwa na gruncie kodeksu karnego z 1932 r.: *idem*, *Polskie prawo karne.*, *op. cit.*, s. 243-244.

¹⁵ Pomijam na tym etapie rozważań analiz prezentowanych w piśmiennictwie poglądów dopuszczających możliwość wykorzystywania w zakresie podstaw odpowiedzialności za wykroczenie konstrukcji współsprawstwa, a także, choćby takie prezentowane są zdecydowanie rzadziej, sprawstwa kierowniczego oraz sprawstwa polecającego. Zagadnienie to stanowi bieżący przedmiot rozważań w dalszej części niniejszego opracowania. Co do poglądów dopuszczających możliwość wykorzystywania współsprawstwa w zakresie prawa wykroczeń zob. m.in. T. Bojarski [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. *idem*, wyd. 5 uzup. i uakt., Warszawa 2015, s. 74-75; A. Marek, *Prawo wykroczeń (materialne i procesowe)*, wyd. 6 uakt., Warszawa 2008, s. 62; A. Marek, *Podstawy prawa wykroczeń dla studentów administracji*, Toruń 2009, s. 89 i nast.; M. Kulik [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. M. Mozgawa, wyd. 2, Warszawa 2009, s. 57 i nast.; M. Błaszczuk, W.J. Jankowski, M. Zbrojewska, *Prawo i postępowanie w sprawach o wykroczenia*, Warszawa 2013, s. 28 i nast.; T. Grzegorzczuk [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. *idem*, *op. cit.*, wyd. 2, s. 80 i nast.; M. Budyn-Kulik [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. P. Daniluk, Warszawa 2016, s. 87 i nast.

¹⁶ Warto jednak pamiętać, że kodeks karny skarbowy w ogóle nie przewiduje odpowiedzialności za podleganie i pomocnictwo do popełnienia wykroczenia skarbowego. Oznacza to, że moc decyzji ustawodawcy zakres odpowiedzialności za współdziałanie w popełnieniu wykroczenia skarbowego został w zasadzie sprowadzony do zera.

¹⁷ Co do funkcji regulacji określających podstawy odpowiedzialności za współdziałanie w literaturze wskazuje się, że w odniesieniu do sprawstwa kierowniczego oraz sprawstwa polecającego nie zachodzi realna potrzeba ich wykorzystywania

staw odpowiedzialności za ujmowane akcesoryjnie pod eganie i pomocnictwo. Przy tym podejściu regulacje prawa wykroczeń oraz prawa karnego oparte są na odmiennych założeniach, istotnie różnicujących zakres odpowiedzialności za współdziałanie. Zakres odpowiedzialności za współdziałanie uzależniony jest od jej rodzaju. Zasadniczo nie ma przeszkód, by ustawodawca określił je w różny sposób. Czy wynikające z takiego rozwiązania ograniczenia w sferze prawa wykroczeń są uzasadnione kryminalnopolitycznie, to już odrębna kwestia¹⁸.

Sprawa jednak komplikuje się znacznie, jeżeli wziąć pod uwagę, że polski system prawa represyjnego oparty został na koncepcji zróżnicowania zakresu i podstaw odpowiedzialności za niektóre kategorie zachowań, skutkujących możliwością kwalifikowania określonych zdarzeń do kategorii przestępstw lub wykroczeń w zależności od wartości przedmiotu czynności wykonawczej lub wysokość wyrządzonej szkody¹⁹.

w zakresie odpowiedzialności za wykroczenia. Podkreśla się także, że „jeżeli chodzi o sprawstwo i współsprawstwo, to kodeks wykroczeń nie normuje tych form zjawiskowych zapewne dlatego, że odgrywają one w praktyce małą rolę (wykroczenia są czynami stosunkowo drobnymi, rzadko popełnianymi w formie porozumienia)” - A. Marek, *Prawo wykroczeń ...*, *op. cit.*, s. 62. Zob. też T. Bojarski [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. *idem*, wyd. 5, s. 74-75.

¹⁸ Wtłóbiło się w tym zakresie wskazywane są w piśmiennictwie, gdzie podkreśla się, że „brak instytucji współsprawstwa prowadziłby do absurdalnych z normatywnego punktu widzenia konsekwencji - sprawca zwykły (jednosprawca) ponosiłby odpowiedzialność za wykroczenie, natomiast dwie osoby lub więcej, które wspólnie zrealizowałyby znamiona wykroczenia, w wariantcie tzw. podziału na role (jedna z nich z osobą nie realizowałaby kompletu znamion), pozostawałyby bezkarne. Takie rozwiązanie należałoby uznać za wręcz za kryminalne” - M. Błaszczak, W.J. Jankowski, M. Zbrojewska, *Prawo i postępowanie*, *op. cit.*, s. 28. W innym ujęciu podkreśla się, że „praktycznie mniejsze jest znaczenie braku konstrukcji współsprawstwa właściwego w prawie wykroczeń, ponieważ podział ról znamionujących tę postać zjawiskową najczęściej ma miejsce przy czynach wieloczynowych, a tych jest w prawie wykroczeń ładowna ilość. Z codziennej praktyki osób zajmujących się ściganiem sprawców wykroczeń, bardziej odczuwalny jest brak sprawcy poleceńowego i kierowniczego. Przykładowo, jeżeli nie zostanie złapana na »gorącym uczynku« osoba rozklejająca ogłoszenia w miejscu do tego nieuprawnionym (art. 63a k.w.), to nawet informacja na samym ogłoszeniu o ogłoszeniodawcy, wobec braku przepisu o odpowiedzialności sprawcy poleceńowego, uniemożliwia pociągnięcie go do odpowiedzialności za wykroczenie” - O. Sitarz, *Materiałowe prawo wykroczeń*, *op. cit.*, s. 75-76.

¹⁹ Zjawisko tzw. kontrawencjonalizacji pojawiło się w polskim systemie prawa w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o przekazaniu niektórych drobnych przestępstw jako wykroczeń do orzecznictwa karno-administracyjnego (Dz.U. z 1966 r. Nr 23, poz. 149), która, jak wskazuje się w piśmiennictwie, zapoczątkowała proces „przesuwania” do prawa wykroczeń tzw.

Z teoretycznego i kryminalnopolitycznego punktu widzenia kontrawencjonalizacja bywa postrzegana jako użyteczna konstrukcja służąca do łagodzenia reakcji nadmiernej represyjnego prawa karnego na czyny o niewielkiej zawartości bezprawia. Takie podejście uzasadnia się z jednej strony potrzebą stworzenia adekwatnych podstaw odpowiedzialności i zagrożenia kar drobnymi zachowaniami, z drugiej zasadno wyodrębnienia tego typu przypadków do specjalnego trybu postępowania. Kontrawencjonalizacja umożliwia realizację zasady trafnej, szybkiej i nieuniknionej reakcji na zdarzenia o mniejszym znaczeniu, oddając je do tej kategorii spraw, w której nie zachodzi niezbędna potrzeba zachowania wszystkich elementów związanych z gwarancyjnymi funkcjami prawa karnego²⁰. Wykorzystywana przez polskiego ustawodawcę koncepcja kontrawencjonalizacji sprawia, iż w zakresie zachowań o mniejszej zawartości bezprawia mamy do czynienia z odmienną podstawą normatywnej oceny, określonej w kodeksie wykroczeń, a także odrębnym postępowaniem.

Generuje to jednak swoje problemy w sferze zachowania sytuacji na granicy odpowiedzialności za wykroczenie i przestępstwo²¹. W szczególności skomplikowane zagadnienia wykładnicze i aplikacyjne związane są ze sposobem rozstrzygania kwestii zbiegu przepisów określających podstawy odpowiedzialności za wykroczenie i przestępstwo; znaczeniem przyjęcia ich jako czynu w odniesieniu do czynów (zachowań) stanowiących jednostkowo (samoistnie) podstawy odpowiedzialności za wykroczenia oraz będących zarazem częścią czynu któregoś z realizującego znamiona przestępstwa; zakresem związania zasad *ne bis in idem*²²; wreszcie problematyką współdziałania w popełnieniu prze-

drobnych występów, w tym „przepełnienia” czynów kryminalnych (takich jak kradzież, przywłaszczenie, paserstwo mienia, niektóre czyny spekulacyjne) na przestępstwa i wykroczenia w zależności od wartości przedmiotu lub wysokości szkody. Zob. w tej kwestii szerzej m.in. rozważania: A. Marek, *Prawo wykroczeń*, [w:] *System prawa karnego*, t. 1, *Zagadnienia ogólne*, red. *idem*, Warszawa 2010, s. 38 i nast.

²⁰ Odrębnym zagadnieniem, którego analiza wykracza poza ramy niniejszego opracowania, jest problem standardu gwarancyjnego związanego z postępowaniem w sprawach o wykroczenia. W tym zakresie, z uwagi na różnorodność trybów orzekania w przedmiocie odpowiedzialności za wykroczenia, a także stanowisko prezentowane w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, ujawnia się wiele zagadnień, których omówienie wymaga szerszego, a w pewnym zakresie wręcz monograficznego opracowania.

²¹ Zob. w tej kwestii szerzej m.in. rozważania: A. Marek, *Prawo wykroczeń*, *op. cit.* s. 38 i nast.

²² Zob. w tej kwestii m.in. S. Walto, *Kolizja postępowania karnego i karno-administracyjnego*, „Palestra” 1961, nr 12, s. 22 i nast.; S. Walto, *Konsekwencje praw-*

st pstwa lub wykroczenia²³. Cho wskazane wy ej problemy maj w zakresie relacji prawa karnego i prawa wykrocze uniwersalny charakter²⁴,

ne zbiegu znamion przest pstwa i wykroczenia w czynie społecznie niebezpiecznym, „Pa stwo i Prawo” 1970, nr 11, s. 700 i nast.; A. Marek, *Zbieg przest pstw i wykrocze*, „Nowe Prawo” 1970, nr 9, s. 1269 i nast.; W. Steppa, *Zasada ne bis in idem a idealny zbieg przest pstwa i wykroczenia*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 5, s. 120 i nast.; P. Kardas [w:] *idem*, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2012, s. 149 i nast.; P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011, s. 368 i nast.; P. Kardas, *Konstrukcja idealnego zbiegu przest pstw a konstytucyjna i konwencyjna zasada ne bis in idem*, *Rozważania o konstytucyjnych granicach władzy ustawodawczej*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, nr 4, s. 5 i nast.; K. Witkowska, *Idealny zbieg czynów karalnych w kodeksie wykrocze a zasada ne bis in idem*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012, nr 2, s. 115 i nast.; A. Sakowicz, *Zasada ne bis in idem w prawie karnym w ujęciu paneuropejskim*, Białystok 2011, s. 120 i nast.

²³ To ostatnie zagadnienie ujawnia si w sposób szczególny na gruncie przedstawionych ostatnio propozycji nowelizacji kodeksu wykrocze polegaj cych na wprowadzeniu do art. 10 k.w. nowego przepisu oznaczonego jako § 1a o tre ci: „Je eli dwa lub wi cej czynów popełnionych w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powzi tego zamiaru wyczerpuje znamiona tego samego wykroczenia, a ze wzgl du na ł czn warto mienia wyczerpuje znamiona przest pstwa, przy stosowaniu § 1, za kar orzeczon za wykroczenie uznaje si sum kar wymierzonych za te czyny”. Konstrukcja przytoczonego przepisu daleka jest od klarownoci, trudno tak e analizuj c j zykow tre tego rozwi zania doszuka si intencji i celu, jaki zamierza zrealizowa ustawodawca. Niezalenie od tych wtpliwo ci mo na jednak dostrzec, i w pewnym co najmniej zakresie przepis ten odnosi si do zagadnienia ł czenia kar orzeczonych za wykroczenia o to samej podstawie kwalifikacji prawnej, przyjmuj c - na potrzeby ewentualnego zastosowania regulacji zawartej w art. 10 § 1 k.w., dotycz cej zasadniczo problematyki zbiegu przepisów okre łaj cych wykroczenie i przest pstwo do tego samego czynu tego samego sprawcy - mo liwo zsumowania kar orzeczonych za popełnione ró nymi czynami wykroczenia. W jakim zakresie rozwi zanie powy sze stanowi modyfikacj regulacji dotycz cej realnego zbiegu wykrocze przewidzianej w art. 9 § 2 k.w., w którym przewidziano mechanizm redukcyjny nakazuj cy wymierzenie za dwa lub wi cej wykrocze kary przewidzianej w granicach okre łonych w przepisie typizuj cym, przy przyj ciu, e podstaw wymiaru kary b dzie ten spóród przepisów typizuj cych, który przewiduje najsurowsze zagro enie.

²⁴ W szczególno ci chodzi tutaj o funkcj , znaczenie i zakres zwi zania zasad *ne bis in idem*, mo liwo wykorzystywania na przedpolu zbiegu przepisów okre łaj cych podstawy odpowiedzialno ci za przest pstwa i wykroczenia reguł wy ł czania wielo ci ocen w prawie karnym, zagadnienie trybu post powania w sprawach odpowiedzialno ci za przest pstwa i wykroczenia, zwłaszcza za mo liwo ci równoległego lub sekwencyjnego prowadzenia tych post powa , wreszcie wła ciwo ci ustawowego sposobu rozwi zywania przypadków zbiegu przepisów okre łaj cych znamiona przest pstwa i wykroczenia w oparciu o koncepcj tzw. idealnego

to jednak w sferze objętej tej kontrawencjonalizacją nabierają szczególnego znaczenia.

Rozróżnienie podstaw odpowiedzialności za określone zachowania oparte na wartości przedmiotu zamachu lub wysokości wyrządzonej szkody nie generuje poważeń trudności jedynie wówczas, gdy zagadnienie odpowiedzialności rozpatrywane jest w odniesieniu do jednego skondensowanego w czasie i miejscu zachowania popełnionego przez jedną osobę²⁵. Prawidłowa wykładnia znamion typów przepołowionych statucyjnych przestępstwa i wykroczenia, różniących się elementami charakteryzującymi wartość przedmiotu czynności wykonawczej lub szkody, pozwala dokonywać właściwej kwalifikacji poszczególnych zachowań, a w konsekwencji stosować do nich jednolitą regulację – w zależności od podstawy oceny – zamieszczoną w kodeksie karnym, jeżeli zdarzenie wypełnia znamiona przestępstwa, lub w kodeksie wykroczeń, gdy realizuje „jedynie” znamiona wykroczenia²⁶. Proces rekonstrukcji

zbiegu czynów karalnych. Zob. w tej kwestii w szczególności: S. Walto, *Kolizja poistpowania karnego...*, op. cit., s. 22 i nast.; idem, *Konsekwencje prawne zbiegu...*, op. cit., s. 700 i nast.; A. Marek, *Zbieg przestępstw...*, op. cit., s. 1269 i nast.; W. Steppa, *Zasada...*, op. cit., s. 120 i nast.; P. Kardas [w:] idem, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy...*, op. cit., s. 149 i nast.; P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy...*, op. cit., s. 368 i nast.; P. Kardas, *Konstrukcja idealnego zbiegu przestępstw...*, s. 5 i nast.; K. Witkowska, *Idealny zbieg czynów karalnych w kodeksie wykroczeń a zasada ne bis in idem*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012, nr 2, s. 115 i nast.; P. Kardas, *Problem „idealnego zbiegu przestępstw” na tle aktualnego stanu doktryny i orzecznictwa*, [w:] *W złowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, red. V. Konarska-Wrzošek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz, Warszawa 2010, s. 143 i nast.

²⁵ Chodzi tutaj o sytuacje, w których z uwagi na charakterystykę wartościowanego zachowania zarówno z perspektywy tzw. ontologicznej koncepcji wyznaczania jedności (to samo ci) czynu, jak i z punktu widzenia normatywnej metody wyznaczania to samo ci oraz metody mieszanej, nie ma większych problemów w stwierdzeniu, iż mamy do czynienia z jednym, skondensowanym w miejscu i czasie czynem. Co do sposobów wyznaczania jedności (to samo ci) czynu w prawie karnym zob. szerzej: P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy...*, op. cit., s. 114 i nast.; J. Majewski, „Ten sam czyn” jako jedna z przesłanek kumulatywnej kwalifikacji, [w:] *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym*, red. idem, Toruń 2006, s. 40 i nast.; idem, *Zbieg przepisów ustawy. Zagadnienia w złowe*, [w:] *System prawa karnego*, t. 3, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dabkowski, wyd. 2, Warszawa 2017, s. 1171 i nast.

²⁶ W tym kontekście można wskazać treść art. 119 § 1 k.w., który typizuje wykroczenie kradzieży i przywłaszczenia cudzej rzeczy ruchomej stanowi: „Kto kradnie lub przywłaszcza sobie cudzą rzecz ruchomą, jeżeli jej wartość nie przekracza 1/4 minimalnego wynagrodzenia, podlega karze aresztu, ograniczenia wolności

znamion normy sankcjonującej charakteryzującej tzw. „przepełnione” przestępstwo oraz wykroczenie prowadzi bowiem do takiego wyznaczenia zakresu zastosowania obu norm sankcjonujących, i ostatecznie pozostają one w relacji wykluczania²⁷. W konsekwencji zachowanie - w zależności od wartości przedmiotu czynności wykonawczej lub wielkości szkody - stanowi realizację znamion wykroczenia (przy wartości nieprzekraczającej określonego przez ustawodawcę progu kontrawencjonalizacji) lub znamion występku w razie przekroczenia tej bariery. Rekonstrukcja normatywnej podstawy kwalifikacji prawnej przedstawia się odmiennie w sytuacjach, do których znajduje zastosowanie regulacja zawarta w art. 130 § 1 k.w., wówczas bowiem, niezależnie od wartości przedmiotu czynności wykonawczej, zachowanie sprawcy realizuje znamiona właściwego typu przestępstwa określonego w kodeksie karnym

ci albo grzywny”. Podobną konstrukcję, wskazującą na wartość przedmiotu czynności wykonawczej, mają przepisy art. 120 § 1 k.w. (wyrb drzewa w celu przywłaszczenia), art. 122 § 1 k.w. (paserstwo); art. 124 § 1 k.w. (niszczenie, uszkodzenie lub czynienie niezdatny do użycia rzeczy). Wskazane są także na szczególne rozwiązanie zawarte w art. 130 § 1 k.w., który przesądza o wyłączeniu stosowania przepisów art. 119, art. 120, art. 122 i art. 124 k.w. do przypadków, w których przedmiotem czynności wykonawczej jest broń, amunicja, materiały lub przyrządy wybuchowe, sprawca dopuszcza się kradzieży z włamaniem, lub użycia gwałtu na osobie albo grozi jego natychmiastowym użyciem, aby utrzymać się w posiadaniu zabranego mienia, a gdy chodzi o zabranie innej osobie mienia w celu przywłaszczenia, tak jest wtedy, gdy sprawca doprowadza człowieka do stanu nieprzytomności lub bezbronności. Przytoczone regulacje wskazują, że w odniesieniu do przypadków objętych zakresem zastosowania art. 119, art. 120, art. 122 i art. 124 k.w., jeżeli wartość przedmiotu czynności wykonawczej nie przekracza wskazanego w tych przepisach progu kontrawencjonalizacji, sprawca realizuje wyłącznie znamiona wykroczenia i nie realizuje znamion występku. W sytuacjach, w których nie znajdujemy uwagi na treść art. 130 § 1 k.w. zastosowania przepisy art. 119, art. 120, art. 122 i art. 124 k.w., niezależnie od wartości przedmiotu czynności wykonawczej zachowanie sprawcy stanowi realizację znamion odpowiedniego typu występku. Sposób określenia znamion wykroczenia przeciwko mieniu objętych zakresem kontrawencjonalizacji przesądza o tym, i w procesie wykładni uzyskujemy znamiona wykroczenia oraz występków, których zakresy zastosowania pozostają w relacji wykluczania.

²⁷ W sytuacjach określanych powszechnie jako tzw. zbieg przepisów mamy w istocie do czynienia ze zbiegiem norm, co przesądza, iż zapobieganie przeniesieniu ujawniania czegoś *prima facie* zbiegu z płaszczyzny przepisów na płaszczyznę norm rozwiązuje problem zbiegu bez konieczności odwoływania się do przyjmowanych w danym systemie prawa ustawowych reguł kolizyjnych. Zob. w tej kwestii szerzej: P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy*, *op. cit.*, s. 246 i nast. oraz powołana tam literatura i orzecznictwo; J. Majewski, *Zbieg przepisów ustawy. Zagadnienia w zło-*
we, *op. cit.*, s. 1133 i nast.

i nie realizuje znamion wykroczenia. Możliwość kwalifikacji takiego zachowania na podstawie typu wykroczeniowego wyłącza właściwie treść art. 130 § 1 k.w.

Znamiona objęte tym zakresem kontrawencjonalizacji przestępstw i wykroczeń przeciwko mieniu pozostają w relacji wykluczania. W zależności od wyboru normatywnego wzorca oceny kształt regulacji czy ogólnego kodeksu wykroczeń lub kodeksu karnego przesądza o istnieniu lub braku możliwości wykorzystywania sprawczych postaci współdziałania jako podstawy odpowiedzialności. Możliwość uczyni w sferze prawa karnego, jest to wyłączone w obszarze odpowiedzialności za wykroczenia. Zasadniczo zakres odpowiedzialności za sprawcze współdziałanie jest w tym podejściu uzależniony od normatywnej charakterystyki wartościowanego zachowania, a w konsekwencji przyporządkowania go do sfery prawa wykroczeń lub powszechnego prawa karnego. O wyłączeniu możliwości odwoływania się do sprawczych postaci współdziałania w sferze prawa wykroczeń przesądza decyzja ustawodawcy skutkująca pominięciem stosownej regulacji w czy ogólnego kodeksu wykroczeń. Jeżeli ktoś uznałby, że rozwiązanie powyższe nie jest satysfakcjonujące, bowiem tak jest w zakresie prawa wykroczeń niezbędne jest wykorzystywanie konstrukcji sprawczego współdziałania, w szczególności za współsprawstwa, konieczne jest podjęcie złonych zabiegów wykładniczych, których celem byłoby uzasadnienie bez naruszenia podstawowych reguł powszechnie przyjmowanego *ius interpretandi* możliwości stosowania w zakresie prawa wykroczeń tak sprawczych postaci współdziałania. Zabiegi takie, jak powszechnie wiadomo, są podejmowane w polskim piśmiennictwie i orzecznictwie²⁸. Czy przedstawiane w zakresie możliwości wykorzystywania współsprawstwa w sferze odpowiedzialności za wykroczenia uzasadnienie można uznać za przekonujące, zwłaszcza za przyjęcie, i odwoływanie do tej konstrukcji nie stanowi wyrażenia czegoś naruszenia reguł gwarancyjnych i przyjmowanego *ius interpretandi*, to kwestia, wobec której prezentowane są różne opinie. Przyjdzie do niej powrócić w dalszej części niniejszego wywodu.

²⁸ Zob. m.in. T. Bojarski [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. *idem*, wyd. 5, s. 74-75; A. Marek, *Prawo wykroczeń*, *op. cit.*, s. 62; *idem*, *Podstawy prawa wykroczeń*, *op. cit.*, s. 89 i nast.; M. Kulik [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. M. Mozgawa, *op. cit.*, s. 57 i nast.; M. Błaszczak, W.J. Jankowski, M. Zbrojewska, *Prawo i postępowanie*, *op. cit.*, s. 28 i nast.; T. Grzegorzczak [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. *idem*, wyd. 2, *op. cit.*, s. 80 i nast.; M. Budyn-Kulik [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. P. Daniluk, *op. cit.*, s. 87 i nast.

Zgoda odmiennie przedstawia si zagadnienie przesłanek odpowiedzialno ci w zakresie tzw. typów przepołowionych w wypadkach, w których z uwagi na układ procesowy mo liwe jest powi zanie dwóch lub wi cej zachowa stanowi cych samoistnie wykroczenia klamr ci gło ci prowadz ce do zmiany normatywnej charakterystyki warto ciowanego jako cało zdarzenia, oraz w sytuacjach, gdy w okre lonej zdarzeniu uczestnicz co najmniej dwie osoby pozostaj ce w szczególnych relacjach. Problemy graniczne prawa wykrocze i prawa karnego zwi zane immanentnie ze zjawiskiem kontrawencjonalizacji ujawniaj si zatem w dwóch obszarach: wykorzystania instytucji ci gło ci oraz konstrukcji słu cych do normatywnego warto ciowania przypadków współdziałania w popełnieniu zachowania karalnego. W obu wypadkach dochodzi mo e do zmiany normatywnej perspektywy oceny, a w konsekwencji ewentualnej mo liwo ci wykorzystania konstrukcji sprawczego współdziałania przewidzianych w kodeksie karnym do warto ciowania zachowa , które oceniane samodzielnie pozostawałyby w zakresie zainteresowania prawa wykrocze , gdzie jak wiadomo konstrukcji sprawczego współdziałania nie przewidziano.

Wykorzystanie instytucji czynu ci głego i powi zanie dwóch lub wi cej zachowa , stanowi cych samoistnie wykroczenia, w jeden czyn ci gły, prowadzi mo e, z uwagi na „zsumowanie” warto ci przedmiotów czynno ci wykonawczej lub warto szkody, do wypełnienia przez czyn ci gły znamion przest pstwa²⁹. Przewidziana w art. 12 k.k. konstrukcja ci gło ci przest pstwa umo liwia połączenie w jeden czyn ci gły dwóch lub wi cej zachowa (czynów) o ró norodnej jednostkowej charakterystyce normatywnej³⁰, w szczególno ci za dopuszcza i zarazem nakazuje, w razie spełnienia przesłanek okre lonych w tym

²⁹ Zob. w tej kwestii w szczególno ci stanowisko przedstawione w wyroku SN z dnia 21 pa dziernika 2010 r., V KK 291/10, OSNKW 2010, nr 12, poz. 108.

³⁰ Przewidziana w art. 12 k.k. konstrukcja ci gło ci uj ta została bardzo szeroko. Konsekwencj przyj tego przez ustawodawc sposobu regulacji jest to, e konstrukcj czynu ci głego mog by obejmowane jednostkowe zachowania o zró nicowanej relacji do obowi zuj cego systemu prawa. Podstaw (cz ci , elementem) czynu ci głego mog by w jednostkowe zachowania, które samodzielnie nie realizuj znamion ani wykroczenia ani przest pstwa, zachowania stanowi ce samodzielnie realizacj znamion wykroczenia, wreszcie zachowania stanowi ce samodzielnie realizacj znamion przest pstwa. Zob. szerzej w tej kwestii: P. Kardas, *Przest pstwo ci głe w prawie karnym materialnym. Analiza konstrukcji modelowych na tle poj cia czynu, zbiegu przepisów i zbiegu przest pstw*, Kraków 1999, s.; idem, *Czyn ci gły i ci g przest pstw*, [w:] *System prawa karnego*, t. 4, *Nauka o przest pstwie. Wył czenie i ograniczenie odpowiedzialno ci karnej*, red. L.K. Paprzycki, wyd. 2, Warszawa 2016, s. 1050 i nast.

przepisie, połączony w jeden czyn czy głę dwóch lub więcej zachowań³¹, wyczerpujących samoistnie znamiona wykroczenia. W ten sposób regulacja czynu czy głę przewidziana w kodeksie karnym wpływa na kwalifikację prawną zachowania w dwóch obszarach, tj. w sferze podstaw odpowiedzialności za przestępstwo, co jest oczywiste³², oraz w sferze podstaw odpowiedzialności za wykroczenie, co u wiadomiane jest zdecydowanie rzadziej³³. W tym drugim wypadku przyjęcie czy głę prowadzi do przekształcenia odpowiedzialności za wiele wykroczeń pozostających co do zasady w realnym wieloczynowym zbiegu, w odpowiedzialność za jedno przestępstwo popełnione w warunkach czynu czy głę. Z tego najprawdopodobniej powodu konstrukcja czynu czy głę nie wprowadzono do kodeksu wykroczeń, zapewne zakładając, że czy głę uregulowana w art. 12 k.k. jest wystarczającym instrumentem służącym do adekwatnej prawnokarnej oceny³⁴. W razie powi-

³¹ Co do relacji pomiędzy „zachowaniem” i „czynem” na gruncie art. 11 i art. 12 k.k. zob. m.in. P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy*, op. cit., s. 56 i nast. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo; J. Giezek, *Zbieg przepisów a konstrukcja czynu czy głę*, [w:] *Zbieg przepisów i zbieg przestępstw w polskim prawie karnym*, red. J. Majewski, Toruń 2006, s. 45 i nast.

³² Zob. szerzej w tej kwestii: P. Kardas, *Przestępstwo czy głę*, op. cit., s.; idem, *Czyn czy głę i czy głę przestępstwa*, op. cit., s. 1050 i nast.

³³ W polskim piśmiennictwie w zasadzie nigdy nie przedstawiono chociażby ogólnych uwag wskazujących, że regulacja czy głę przewidziana w art. 12 k.k. ma znaczenie nie tylko w zakresie prawa karnego powszechnego, ale także w sferze prawa wykroczeń. Pomijam w tym miejscu zaskakujące twierdzenia, wedle których mimo braku stosowanej regulacji nie jest wykluczone wykorzystywanie konstrukcji czynu czy głę w obszarze odpowiedzialności za wykroczenia. O znaczeniu regulacji zawartej w art. 12 k.k. na płaszczyźnie prawa wykroczeń, w tym w szczególności o funkcji art. 12 k.k. jako wyrażającej cego ustawów reguły kolizyjnej zob. m.in. P. Kardas, *Przestępstwo czy głę*, op. cit., s. 241 i nast.

³⁴ Trzeba jednak podkreślić, że zdaniem niektórych teoretyków prawa karnego mimo braku wyrażonej uregulowania na gruncie prawa wykroczeń funkcjonuje konstrukcja wykroczenia czy głę, czego wyrazem jest m.in. twierdzenie T. Bojarskiego, że w razie przyjęcia czy głę wykroczenia, nie zmienia się podstawa odpowiedzialności w zależności od wartości przedmiotu czynu czy wykonawczej lub wielkości szkody. W razie spełnienia przesłanek czy głę, także po przekroczeniu progu kontrawencjonalizacji, sprawca ponosi odpowiedzialność za wykroczenie, tylko że czy głę, nie ponosi natomiast odpowiedzialności za przestępstwo. Można jedynie przypuszczać, że zwolennicy tego podejścia przyjmują, że mimo stosowania regulacji czy głę przewidzianej w art. 12 k.k. do wykroczeń na zasadzie analogii, podobnie jak czyni się to w prawie wykroczeń w odniesieniu do nieprzewidzianej w kodeksie wykroczeń konstrukcji współsprawstwa. Zob. w tej kwestii m.in. T. Bojarski [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. idem, Warszawa 2012, s. 64.

zania dwóch lub więcej czynów stanowi cych samoistnie wykroczenia w jeden czyn ci gły realizuj cy znamiona przest pstwa nie zachodzi potrzeba odwoływania si do konstrukcji ci gło ci na płaszczy nie prawa wykrocze . Przewidziana w art. 12 k.k. regulacja pozwala bowiem „przekształci ” w wyniku przyj cia czynu ci głego jednostkowe wykroczenia, popełnione czynami stanowi cym elementy czynu ci głego, w jedno przest pstwo³⁵. Ustawodawca przyjmuje zarazem, e nie ma w takich układach powodu do odwoływania si do konstrukcji ci gło ci na płaszczy nie prawa wykrocze . Przyj cie za podstaw kwalifikacji czynu ci - głego powoduje bowiem, e dochodzi do obostrzenia odpowiedzialno ci karnej i sprawca ponosi odpowiedzialno za przest pstwo na zasadach okre lonych w kodeksie karnym. Zarazem w razie braku podstaw do przekształcenia odpowiedzialno ci za wykroczenia popełnione wieloma czynami w odpowiedzialno za przest pstwo popełnione w warunkach czynu ci głego³⁶ przyjmuje si , e nie ma potrzeby modyfikowania podstaw i zakresu odpowiedzialno ci za wynikaj c z wielu ci czynów tego samego sprawcy wielo wykrocze , za konsekwencje wynikaj ce z ich przypisania na płaszczy nie wymiaru kary reguluje mechanizm redukcyjny przewidziany w art. 9 § 2 k.w. Czy rozwi zanie to jest w pełni satysfakcjonuj ce i spójne, to zagadnienie odr bnej natury. Na potrzeby prowadzonych w tym miejscu rozwa a wystarczaj ce jest stwierdzenie, e ci gło ustawowo uregulowana jest wył cznie na płaszczy nie prawa karnego i działa jednokierunkowo. W analizowanych sytuacjach prowadzi do obostrzenia odpowiedzialno ci, „przekształcaj c” odpowiedzialno za wykroczenia popełnione wieloma czynami tego samego sprawcy w odpowiedzialno za przest pstwo popełnione czynem ci głym, składaj cym si z zachowa realizuj cych samoistnie znamiona wykroczenia. Sprawca ponosi w takim przypadku odpowiedzialno za popełnione w warunkach czynu ci głego przest pstwo i nie ponosi odpowiedzialno ci za wykroczenia popełnione czynami, stanowi cymi elementy czynu ci głego³⁷. To, czy konkretne zachowania sprawcy traktowane s

³⁵ Zob. T. Grzegorzczak [w:] *Kodeks wykrocze . Komentarz*, red. *idem*, wyd. 1, Warszawa 2010, s. 33 i nast.; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 58 i nast.

³⁶ Co mo e mie miejsce m.in. w sytuacji, gdy spi cie klamr ci gło ci dwóch lub więcej zachowa popełnionych z góry powzi tym zamiarem w krótkich odstępach czasu nie doprowadzi do uzyskania warto ci przedmiotu czynno ci wykonawczej lub wielko ci wyrz dzonej ł cznie szkody na poziomie przekraczaj cym próg kontrawencjonalizacji.

³⁷ Zob. konsekwentnie prezentowane w orzecznictwie SN stanowisko, zgodnie z którym w przypadku tzw. typów przepołowionych, gdy ł czna warto przedmiotu zachowa stanowi cych jednostkowo wykroczenia przekracza warto

łownie jako jeden czyn czy go stanowi czy przestępstwo czy też wiele czynów realizujących samoistnie znamiona wykroczenia, zależy od tego, z jakiej perspektywy normatywnej dokonuje się ich oceny³⁸.

Przyjmując za podstawę odpowiedzialności konstrukcję czynu czy głęgo przenosi analizowany przypadek z obszaru prawa wykroczeń do sfery prawa karnego. Konsekwencją takiego podejścia jest możliwość wykorzystywania przewidzianych w prawie karnym konstrukcji sprawczego współdziałania dla kwalifikacji zachowań innych osób współuczestniczących w popełnieniu – całości lub jedynie części – czynu czy głęgo. Nie ma w takich przypadkach przeszkód, by odwołać się do konstrukcji współsprawstwa, sprawstwa kierowniczego lub sprawstwa polecającego. Odmienne tak nie przedstawia się bowiem w tych wypadkach podstawy odpowiedzialności za podleganie i pomocnictwo. Opiera się bowiem na regulacji zawartej w kodeksie karnym, pozbawionej podwójnych ograniczeń związanych z kwantytatywnymi i kwalitatywnymi akcesoryjnymi niesprawczymi postaciami współdziałania w prawie wykroczeń oraz nieprzewidywaną zasadą wyjątkowości odpowiedzialności za podleganie i pomocnictwo opartych na klauzuli karalności za te postacie w prawie wykroczeń.

Przedstawione wyżej uwagi dotyczą jednostronnego oddziaływania regulacji czy głęgo przewidzianej w kodeksie karnym i zarazem pominiętej w kodeksie wykroczeń, mającej jednak w pewnych układach procesowych znaczenie dla odpowiedzialności za wykroczenia³⁹, stanowi mogący interesujący punkt odniesienia dla analiz dotyczących mo-

rozgraniczających wykroczenie od przestępstwa, mamy do czynienia z jednym czynem stanowiącym przestępstwo czy głę – tak m.in. uchwała SN z dnia 3 września 1972 r., VI KZP 44/72, OSNKW 1972, nr 2-3, poz. 20; wyrok SN z dnia 19 października 1976 r., I KR 185/76, OSNPG 1977, nr 3, poz. 20; postanowienie SN z dnia 18 czerwca 1996 r., I KZP 5/96, OSNKW 1996, nr 7-8, poz. 36.

³⁸ Generuje to różnorakie problemy, których przedstawienie, chociażby w zarysie, przekracza ramy niniejszego opracowania. Zob. w tej kwestii szerzej: P. Kardas, *Problem reakcji na tzw. czyny przepełnione w świetle czy głęgo popełnienia przestępstwa, konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych oraz zasady ne bis in idem*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 3.

³⁹ Chodzi tutaj o wpływ konstrukcji określonych w kodeksie karnym na zakresie odpowiedzialności za wykroczenia przejawiający się przede wszystkim tym, iż ich wykorzystanie w procesie wartościowania prowadzi do „przeniesienia” oceny zachowania (lub zachowa) z płaszczyzny prawa wykroczeń na płaszczyznę prawa karnego, czego konsekwencją jest wyłączenie możliwości wykorzystywania w takich wypadkach regulacji zawartej w kodeksie wykroczeń. Istota powyższego oddziaływania sprowadza się zatem do swoistego zawężenia zakresu zastosowania prawa wykroczeń w związku z uznaniem za adekwatne normatywne wzorce oceny konstrukcji przewidzianych w kodeksie karnym.

liwo ci wykorzystywania na gruncie prawa wykrocze sprawczych postaci współdziałania. W charakterze wymagającej weryfikacji hipotezy można sponować, że kwestie odpowiedzialności za sprawcze postaci współdziałania zostały uregulowane w prawie wykrocze oraz prawie karnym w sposób analogiczny do tego, który ustawodawca wykorzystał, rozwijając zagadnienie ci głoci popełnienia przestępstwa. Stosowne rozwiązania odnoszące się - odpowiednio - do ci głoci oraz sprawczego współdziałania przewidziane zostały jedynie w kodeksie karnym oraz pominięte w kodeksie wykrocze. Choć kodeks wykrocze nie przewiduje regulacji dotyczących sprawczych postaci współdziałania, nie oznacza to jednak, iż te odmiany współdziałania nie odgrywają żadnej roli w procesie wartościowania zachowań realizujących znamiona wykroczenia. W pewnych układach procesowych przewidziane w kodeksie karnym rozwiązania dotyczące sprawczych postaci współdziałania wpływają na proces wartościowania, identycznie jak dzieje się to w przypadku regulacji dotyczących ci głoci. Zarówno instytucja czynu ci głoci, jak i sprawcze postaci współdziałania zasadniczo przewidziane zostały jako konstrukcje mające znaczenie w perspektywie zachowania o wijszym ci arze gatunkowym. Nie mają wijszego znaczenia w odniesieniu do zachowań drobnych, stanowiących wykroczenia. Dopóki zatem proces oceny dokonywany jest wyłącznie na płaszczyźnie prawa wykrocze, decyzja ustawodawcy o pominięciu w kodeksie wykrocze regulacji odnoszących się do sprawczych postaci współdziałania przesługuje o braku możliwości wykorzystywania tych konstrukcji jako podstawy odpowiedzialności za współdziałanie w popełnieniu wykroczenia. Podobnie jak nie jest możliwe odwoływanie się do konstrukcji czynu ci głoci w zakresie podstaw odpowiedzialności za wykroczenie.

Sprawa możliwości wykorzystywania sprawczych postaci współdziałania jako podstawy odpowiedzialności przedstawia się jednak inaczej w tych wypadkach, w których dochodzi do swoistego, bo opartego na konstrukcjach normatywnych przewidzianych w kodeksie karnym, przesunięcia w zakresie normatywnych podstaw odpowiedzialności z płaszczyzny prawa wykrocze na płaszczyznę prawa karnego. Taki zbieg zasadniczo, choć nie wyłącznie, wynikający z konstrukcji czynu ci głoci, sprawia, iż zmienia się charakter wartościowanego zachowania, mającego, przekraczając próg bagatelności, zawartość bezprawia. Waga zdarzenia powoduje, iż nie jest możliwe odwoływanie się do racjonalizacji pominięcia sprawczych postaci współdziałania jako podstawy odpowiedzialności w prawie wykrocze.

Z uwagi na określone relacje między prawem karnym a prawem wykrocze, związane przede wszystkim, choć nie wyłącznie, ze zjawiskiem

kontrawencjonalizacji, rozwiązania te działają jednokierunkowo. W razie przeniesienia normatywnych podstaw odpowiedzialności z płaszczyzny prawa wykroczeń na płaszczyznę prawa karnego, np. w wyniku przekształcenia odpowiedzialności za wykroczenia w odpowiedzialność za przestępstwo w razie spełnienia przesłanek cię gło cię, dochodzi w dalszej perspektywie do modyfikacji normatywnych podstaw odpowiedzialności za współdziałanie w popełnieniu takiego czynu. Przeniesienie normatywnej podstawy wartościowania zachowania z płaszczyzny prawa wykroczeń na płaszczyznę prawa karnego powoduje zmianę normatywnej podstawy odpowiedzialności za współdziałanie, którą w takich wypadkach określają przepisy kodeksu karnego nie zaś kodeksu wykroczeń.

Podobną funkcję odgrywa regulacja sprawczego współdziałania w zakresie konstrukcji współsprawstwa. Ta szczególna forma współdziałania stanowi podstawę do swoistej odpowiedzialności współdziałających opartej na zasadzie wzajemnego przypisania każdemu z uczestników porozumienia tego, co popełnił samodzielnie własnym zachowaniem, oraz tego, co zostało zrealizowane przez pozostałych uczestników porozumienia w zakresie pozostającym w jego granicach, powoduje, że tak jest w przypadku współsprawstwa właściwego (dopełniającego) dochodzi do swoistego sumowania zachowań realizowanych przez poszczególnych uczestników porozumienia. W razie spełnienia przesłanek współsprawstwa określonych w art. 18 § 1 zd. 1 k.k. poszczególnym uczestnikom porozumienia przypisuje się całość aktywności lub pasywności związanej z zachowaniami pozostałych współdziałających. W odniesieniu do sfery objętej kontrawencjonalizacją oznacza to, że w razie ustalenia, iż co najmniej dwie osoby działały w ramach zawartego porozumienia stanowi cego podstawę do podziału ról w ramach planowanego zachowania, niezależnie od tego, w jaki sposób mogłoby być wartościowanie jednostkowych zachowań poszczególnych współdziałających, ka dy z uczestników porozumienia poniesie odpowiedzialność za całość zdarzenia, obejmując cego zachowania pozostałych współdziałających, je li tylko pozostawały w ramach porozumienia i zostały zrealizowane ze wiadomości wspólnego wykonania przedsięwzięcia stanowi cego przedmiot porozumienia⁴⁰. W konsekwencji nie ma w tego typu przypadkach znaczenia, czy oceniane samoistnie zachowanie poszczególnych współdziałających (uczestników porozumienia), z uwagi np. na wartość przedmiotu czynności wyko-

⁴⁰ Zob. szerzej: P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej*, op. cit., 446 i nast.

nawczej lub wielko szkody wynikającej tylko z tego jednostkowego zachowania, stanowiłyby realizację znamion wykroczenia, istotne jest jedynie to, czy oceniane jako całość, łącznie z zachowaniami pozostałych współdziałających, stanowi mogące podstaw do stwierdzenia, i doszło do realizacji znamion przestępstwa. W takim wypadku zachowanie każe ze współdziałających poddawane być ocenie w perspektywie przepisów zawartych w kodeksie karnym i nie ma przeszkód, by wykorzysta jako podstaw wartościowania konstrukcję współsprawstwa⁴¹. Dodać trzeba już w tym miejscu, że przeniesienie zachowania ze sfery prawa wykroczeń do obszaru prawa karnego z uwagi na określone w kodeksie karnym konstrukcje sprawczego współdziałania możliwe jest jedynie w razie odwołania się do jednej tylko postaci sprawczego współdziałania, tj. współsprawstwa właściwego określonego powszechnie jako tzw. współsprawstwo dopełniające. Modyfikacji normatywnych podstaw wartościowania nie można uzyskać, odwołując się do dwóch pozostałych przewidzianych w art. 18 § 1 k.k. *in fine* konstrukcji sprawczego współdziałania, tj. sprawstwa kierowniczego oraz sprawstwa polecającego. Jakkolwiek bowiem tak i te rozwiązania ustawowe oparte są w pewnym sensie na modelu wzajemnego przypisywania, to jednak z uwagi na rolę kierującego cego lub wydającego polecenie nie można imo takiego zsumowania zachowań współdziałających, które skutkowałoby przeniesieniem zdarzenia ze sfery prawa wykroczeń na płaszczyznę prawa karnego. Decydujące znaczenie ma w tych przypadkach ocena zachowania bezpośredniego wykonawcy. Jeżeli z uwagi na właściwość pozostaje ono w sferze prawa wykroczeń, nie można imo odwoływać się w procesie oceny współdziałania do znanych kodeksowi karnemu konstrukcji sprawstwa kierowniczego oraz sprawstwa polecającego. Z oczywistych powodów efektu przeniesienia odpowiedzialności ze sfery prawa wykroczeń do obszaru prawa karnego powszechnego nie można również uzyskać, odwołując się do uregulowanych tak i w cz. I ogólnej kodeksu wykroczeń niesprawczych postaci współdziałania.

Zarysowane podejście oznaczałoby, że dopóki określone zachowanie lub zachowania stanowi podstaw odpowiedzialności na podstawie prawa wykroczeń, nie można imo, z uwagi na brak stosownej regulacji ustawowej, by wykorzystywać w procesie wartościowania konstrukcji ciągłości oraz sprawcze postaci współdziałania. Ograniczona jest tak i podstawa odpowiedzialności za niesprawcze postaci współ-

⁴¹ Por. też zmierzające w podobnym kierunku rozważania: O. Sitarz, *Materiałne prawo wykroczeń ...*, op. cit., s. 76-77.

działania, wedle reguł podwójnej akcesoryjności oraz subsydiarności przewidzianej w kodeksie wykroczeń.

Takie podejście należy jednak skonfrontować z prezentowanym w piśmiennictwie stanowiskiem, zgodnie z którym nie ma zasadniczych przeszkód, by w obszarze prawa wykroczeń wykorzystywać konstrukcję współsprawstwa, istnieją zarazem fundamentalne przeszkody, by odwoływać się do konstrukcji sprawstwa kierowniczego oraz sprawstwa polecającego.

Twierdzenie o możliwości wykorzystywania współsprawstwa jako podstawy odpowiedzialności za współdziałanie w popełnieniu wykroczenia zasadniczo uzasadniane jest przez odwołanie się do kryminalnopolitycznej założenia istnienia potrzeby wykorzystywania współsprawstwa oraz braku takowej potrzeby w odniesieniu do sprawstwa kierowniczego oraz sprawstwa polecającego⁴². W piśmiennictwie w odniesieniu do tej kwestii wskazuje się trzy sposoby uzasadnienia. Pierwszy odwołuje się do *communis opinio doctorum* oraz jednolitej praktyki orzeczniczej, w świetle których nie budzi wątpliwości możliwość odwoływania się do konstrukcji współsprawstwa w prawie wykroczeń⁴³. Drugi opiera się na możliwości wykorzystywania konstrukcji współsprawstwa, zasadniczo uregulowanej w kodeksie karnym, na zasadzie analogii. Co prawda nie wskazuje się, czy podstaw stosownych zbiegów interpretacyjnych miałyby stanowić *analogia iuris* czy też *analogia legis*, zarazem jednak podkreśla się, że jej wykorzystanie nie prowadziłoby do działania na niekorzyść sprawcy wykroczenia. Wreszcie trzeci odwołuje się do zmodyfikowanego przepisu art. 14 § 2 k.w., uznając zawarte w nim sformułowanie „współdziałający” za pojęcie regulacji spraw-

⁴² Przyjmując możliwość oparcia odpowiedzialności za współdziałanie w popełnieniu wykroczenia na konstrukcji współsprawstwa T. Bojarski wskazuje zarazem, że „konstrukcje sprawstwa kierowniczego i polecającego nie mają zastosowania do wykroczeń. Nie zachodzi taka realna potrzeba w zakresie czynów stanowiących wykroczenia, a ponadto wzorowanie się na rozwiązaniach kodeksu karnego stanowiłoby analogię na niekorzyść sprawcy” - *idem* [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz.*, red. *idem*, wyd. 5, *op. cit.*, s. 74. Identycznie zagadnienie to ujmuje M. Kulik, podkreślając, że „nie ma jednak wątpliwości, że na gruncie prawa wykroczeń można operować takimi pojęciami sprawstwa, w tym jednosprawstwa i współsprawstwa. [...] Brak natomiast podstaw, by na gruncie prawa wykroczeń przyjmować możliwość posługiwania się konstrukcjami sprawstwa kierowniczego i sprawstwa polecającego, znanymi kodeksowi karnemu” - *idem* [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz.*, red. M. Mozgawa, *op. cit.*, s. 56 i s. 58.

⁴³ Tak w szczególności: M. Kulik [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz.*, red. M. Mozgawa, *op. cit.*, s. 56; T. Bojarski [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz.*, wyd. 5, red. *idem*, *op. cit.*, s. 49; *idem*, *Prawo wykroczeń*, *op. cit.*, s. 103 i nast.

czych postaci współdziałania w popełnieniu wykroczenia, w szczególności ci za współsprawstwa⁴⁴.

Spoglądajcie na prezentowane w pi miennictwie uzasadnienia możliwości wykorzystywania konstrukcji współsprawstwa w zakresie odpowiedzialności za współdziałanie w popełnieniu wykroczenia, dostrzec można, iż zasadniczo zwolennicy tego podejścia nie odwołują się do problemów związanych ze zjawiskiem kontrawencjonalizacji. Innymi słowy, problem możliwości wykorzystywania konstrukcji współsprawstwa związany jest samoistnie ze sferą prawa wykroczeń. Konstatacja ta okazała się może o tyle znacząca, że zasadniczo wykroczenia stanowią zachowania o istotnie mniejszej niż przestępstwa wadze, co sprawia, iż podstawowych form ich popełnienia, uzasadniając pociąganie do odpowiedzialności, jest postać sprawstwa pojedynczego bezpośredniego. Słusznie wskazuje się w pi miennictwie, że w praktyce stosowania prawa na płaszczyźnie odpowiedzialności za wykroczenia konstrukcje sprawczego współdziałania nie odgrywają większej roli. Nie można wykluczyć, że ta właśnie właściwość zachowań stanowiących wykroczenia była jednym z głównych powodów pominięcia regulacji dotyczących sprawczego współdziałania w czynie ogólnej kodeksu wykroczeń. Choć twierdzenie powyższe stanowi jedynie trudno weryfikowalną supozycję, to jednak w kontekście praktycznym odgrywa może istotną rolę.

Odwołanie się do powszechnie przyjmowanej w pi miennictwie i orzecznictwie możliwości wykorzystywania współsprawstwa jako podstawy odpowiedzialności za współdziałanie w popełnieniu wykroczenia w pewnym sensie można odnosić do sposobu interpretacji przepisów kodeksu karnego z 1932 r., który tak nie przewidywał instytucji współsprawstwa, co nie stanowiło przeszkody w jej wykorzystywaniu w praktyce, przy zasadniczo aprobowanej postawie doktryny prawa karnego. Spoglądając z tej perspektywy, warto jednak pamiętać, że w pi miennictwie okresu dwudziestolecia międzywojennego prezentowane

⁴⁴ W pi miennictwie wskazuje się, że „kodeks wykroczeń nie reguluje innych niż sprawstwo zwykle sprawczych form zjawiskowych. Powszechnie przyjmuje się jednak w literaturze przedmiotu i w orzecznictwie, że do wykroczeń ma zastosowanie instytucja współsprawstwa. Pośrednio można ją wywieść z art. 14 § 2 k.w., normującego zasadę indywidualizacji winy karzącego ze współdziałających. Znamienne bowiem, że ten przepis nie odnosi się wprost do podlegacza i pomocnika, których dotyczą bezpośrednie regulacje k.w., a używa właśnie określenia »współdziałający«. Wskazuje on przy tym na odpowiedzialność karzącego ze współdziałających w granicach swej umyślności lub nieumyślności, a zarówno podleganie, jak i pomocnictwo są czynami wyłącznie umyślnymi” - M. Błaszczak, W.J. Janowski, M. Zbrojewska, *Prawo i postępowanie... op. cit.*, s. 28.

było krytyczne stanowisko, odwołując się do funkcji gwarancyjnych prawa karnego, zasady określono podstaw odpowiedzialności karnej, funkcji i istoty współsprawstwa jako konstrukcji poszerzającej zakres odpowiedzialności karnej poza przypadki własnoręcznego, odpowiadającego istocie sprawstwa pojedynczego bezpośredniego wypełnienia znamion czynu karalnego⁴⁵. W tym celu prezentowane kilkadziesiąt lat temu w odniesieniu do regulacji nieprzewidującej wyraźnej ustawowej podstawy oraz kryteriów odpowiedzialności za sprawcze współdziałanie zachowują do dzisiaj aktualność. Do przedstawianych wówczas argumentów należy konstytucyjne gwarancje odpowiedzialności o charakterze represyjnym, stojące na przeszkodzie kształtowaniu podstaw odpowiedzialności bez dostatecznego ustawowego oparcia, zasad proporcjonalności, konstytucyjny wymóg dostatecznej określoności typu czynu zabronionego, które sprzeciwiają się odwoływaniu do nieopisanego w ustawie konstrukcji. Brak możliwości wykorzystywania konstrukcji sprawczych postaci współdziałania w odniesieniu do wykroczeń związanych jest przede wszystkim z funkcjami tych figur, określających odmienne niż przewidziane do sprawstwa kryteria i przesłanki odpowiedzialności. Każda ze sprawczych postaci współdziałania modyfikuje znamiona nastawionego na sprawstwo pojedyncze bezpośrednie typu czynu zabronionego opisanego w szczególności w ustawach pozakodeksowych. Sposób modyfikacji znamion prowadzi do daleko idącej zmiany podstaw odpowiedzialności, opartych zasadniczo na elementach zaczerpniętych w przypadku kodeksu karnego z art. 18 § 1 k.k.⁴⁶ Utworzenie typów czynu zabronionego nastawionych na współsprawstwo, sprawstwo kierownicze i sprawstwo polecające bez istnienia ku temu wyraźnej ustawowej podstawy nie jest z punktu widzenia współczesnych kryteriów prawa represyjnego możliwe. Dodatkowo nie może nastręczać trudności z polami widzenia, a regulacje kodeksu wykroczeń nieprze-

⁴⁵ Zob. w szczególności stanowisko: S. Glaser, *Polskie prawo karne*, op. cit. Co do znaczenia formułowanych wówczas zastrzeżeń na gruncie współczesnej dogmatyki prawa karnego, uwzględniając konstytucyjne i konwencyjne podstawy odpowiedzialności karnej. Zob. szerzej: P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej*, op. cit., s. 446 i nast.

⁴⁶ Co do sposobu rekonstrukcji znamion typów czynu zabronionego określających podstawy odpowiedzialności za współsprawstwo, sprawstwo kierownicze oraz sprawstwo polecające, normatywnej funkcji przepisu art. 18 § 1 k.k. oraz jego znaczenia z punktu widzenia konstytucyjnej i konwencyjnej zasady dostatecznej określoności typu czynu zabronionego oraz funkcji gwarancyjnej prawa karnego zob. szerzej: P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej*, op. cit., s. 406 i nast. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo.

widuj cego sprawczych postaci współdziałania pochodz z 1971 r. Zostały zatem opracowane i uchwalone w okresie, kiedy ustawodawca, d - c m.in. do zniwelowania wady kodeksu karnego z 1932 r., polegaj cej na zaniechaniu opisanie w cz ci ogólnej podstaw odpowiedzialno ci za sprawcze postaci współdziałania, wprowadził do art. 16 k.k. z 1969 r. regulacj charakteryzuj c dwie postaci sprawczego współdziałania. W tym kontekście trudno przyj , i opracowuj c projekt kodeksu wykrocze , nie dostrze ono znaczenia regulacji wprowadzonej do art. 16 k.k. z 1969 r. i oparto rozwi zanie zawarte w kodeksie wykrocze na koncepcji Makarewicza wykorzystanej w trakcie opracowywania projektu kodeksu karnego z 1932 r. Pomini cie regulacji dotycz cej sprawstwa i sprawczych postaci współdziałania nie da si tym samym wyja ni zało eniem, e stosowanie tych konstrukcji nie wymaga ustawowego oparcia i wynika z powszechnie aprobowanej praktyki. Przemawia za tym tak e i to, e w kodeksie wykrocze w sposób istotny w porównaniu do regulacji zawartej w kodeksie karnym z 1932 r. zmodyfikowano podstawy odpowiedzialno ci za pod eganie i pomocnictwo, ograniczaj c zakres zastosowania i znaczenie tych konstrukcji przez wymóg akcesoryjno ci kwalitatywnej i kwantytatywnej a tak e oparcie odpowiedzialno ci na istnieniu wyra nej klauzuli karalno ci tych postaci. Wszystko to zdaje si wskazywa , e decyzja ustawodawcy o pomini ciu regulacji sprawczych postaci współdziałania w cz ci ogólnej kodeksu wykrocze nie mo e by potraktowana jako nieznacz ca, za brak ustawowych podstaw do wykorzystywania w zakresie odpowiedzialno ci za wykroczenia konstrukcji współsprawstwa nie da si sankcjonowa pozbawion gł bszej refleksji powszechn doktrynaln i orzecznicz akceptacj tej figury.

Podobnie trudno uzasadni mo liwo odwoływania si do konstrukcji współsprawstwa okrelonej w art. 18 § 1 k.k. na podstawie analogii. Pomijaj c w tym miejscu szersze odniesienie si do obu znanych postaci analogii, wskaza trzeba, e w obszarze prawa represyjnego jej ewentualne wykorzystanie napotyka na niedaj c si omin przeszkod , wówczas gdy skutkowałoby to zmian podstaw, zakresu lub charakteru albo konsekwencji w zakresie odpowiedzialno ci represyjnej w sposób niekorzystny dla sprawy. Nie ma potrzeby przedstawiania szerszego uzasadniania twierdzenia, e współsprawstwo, w szczególno ci tzw. współsprawstwo właciwe (dopełniaj ce), okre la wykraczaj ce poza zakres odpowiedzialno ci za sprawstwo pojedyncze bezpo rednie, a tak e odmienne od przewidzianych dla pod egania i pomocnictwa podstawy odpowiedzialno ci. Nie ma zatem najmniejszych w tpliwo ci, e wykorzystanie konstrukcji współsprawstwa w prawie wykrocze

prowadziłoby w każdym razie do układowego procesu do konsekwencji niekorzystnych dla sprawcy⁴⁷.

Nie sposób wreszcie uzasadniać możliwość wykorzystywania konstrukcji współsprawstwa jako podstawy odpowiedzialności za współdziałanie w popełnieniu wykroczenia przez odwołanie się do treści zmodyfikowanego w 1998 r. art. 14 § 2 k.w. W istocie przepis ten stanowi odpowiednik, a w zasadzie językowy kalk regulacji przewidzianej w art. 20 k.k. Po prostu w nim, identycznie jak w treści art. 20 k.k., pojawia się „współdziałający”. Tyle tylko, że wykorzystanie tego zwrotu w każdym zakresie nie oznacza, iż by ustawodawca w ten – specyficznie po prostu – sposób regulował w kodeksie wykroczeń podstawy odpowiedzialności za współsprawstwo, sprawstwo kierownicze oraz sprawstwo polecające wykroczenia. Nie ma takich żadnych podstaw do twierdzenia, że pojawia się „współdziałający” wyłącznie w treści art. 14 § 2 k.w. obejmuje nie tylko sprawcę pojedynczego bezpośredniego, podlegającego i pomocnika, ale także współsprawców, sprawców kierowniczych i sprawców polecających. W każdym razie taki sposób rozumienia zwrotu „współdziałający” nie wynika z treści przepisu art. 14 § 2 k.w., nie uzasadnia go kontekst normatywny, w jakim przepis ten funkcjonuje w kodeksie wykroczeń, wreszcie nie uzasadnia takiego zabiegu wskazanie, że w art. 14 § 2 k.w. ustawodawca podkreśla, iż każda ze współdziałających odpowiada w granicach swojej umyślności lub nieumyślności⁴⁸. Spójrzmy na-

⁴⁷ Trafnie zwraca na to uwagę: O. Sitarz, *Materiałne prawo wykroczeń ...*, op. cit., s. 75.

⁴⁸ W ten sposób uzasadniać rozciąganie pojęcia „współdziałający” na gruncie art. 14 § 2 k.w. na współsprawców M. Bojarski, wskazując, że przepis ten należy stosować do każdego popełniającego czyn zabroniony we współdziałaniu z innymi osobami, a więc np. sprawców czy współsprawców. Dodaje, że „gdyby rozumieć to inaczej, przyjęte unormowanie mogłoby być mylące, gdyż podlegający może odpowiadać tylko wtedy, gdy działa z zamiarem bezpośrednim. Podleganie jest przestępstwem (wykroczeniem) kierunkowym, podlegać bowiem chce by inna osoba dokonała czynu zabronionego. Wykluczona jest zatem nie tylko nieumyślność, ale również zamiar bezpośredni” – *idem* [w:] *idem*, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. 7, Warszawa 2016, s. 221. M. Mozgawa stwierdza lakonicznie, że „przez współdziałających należy rozumieć sprawców (w tym współsprawców), podlegających i pomocników” – *idem* [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. *idem*, wyd. 2, Warszawa 2009, s. 63. T. Grzegorzczak wskazuje, że „obecnie przepis, mimo że umiejscowiony w art. 14 k.w., który w § 1 i 3 dotyczy podlegającego i pomocnika, odnosi się do każdego ze współdziałających, a więc zarówno do sprawcy i współsprawcy, jak i podlegającego i pomocnika. Już bowiem odwołanie się w nim do odpowiedzialności w granicach »umyślności lub nieumyślności« wskazuje, iż nie może chodzić tylko o podlegającego i pomocnika, a poza tym używa się tu określenia »każda ze współdziałających«, podczas gdy poprzednio przepis wyrażał nie wskazywał jedynie na podlegającego i pomocnika” – *idem* [w:] *Kodeks wykroczeń*.

jęc na określon przez nowelizację z 1998 r. tre normatywn art. 14 § 2 k.w., trudno pozby się wrażenia, że jest to kolejny przejaw bezrefleksyjnej działalności prawodawcy, a także braku dostatecznej roztropności ówczesnych profesjonalnych gremiów przygotowujących projekt nowego kodeksu karnego z 1997 r. W istocie, modyfikując brzmienie art. 14 § 2 k.w., nadano mu, jak mo na przypuszcza, całkowicie bezrefleksyjnie, tre stanowiąc kalk wprowadzonego do kodeksu karnego z 1997 r. przepisu art. 20 k.k. Pomijając przedstawianie w tym miejscu niefortunnie związanych z procesem kształtowania treści art. 20 k.k. w trakcie prac nad projektem kodeksu karnego z 1997 r., czego konsekwencją jest w istocie znaczna przypadkowo tego rozwiązania, wskaza trzeba, i przeniesienie tego rozwiązania do kodeksu wykroczeń mogło by podyktowane jedynie tym, że w przypadku podęgania i pomocnictwa odmiennie kształtowała się mo e strona podmiotowa nakłaniającego lub ułatwiającego, odmiennie za bezpo redniego wykonawcy (sprawcy bezpo redniego pojedynczego). Prawdółowo ująta zasada niezależności odpowiedzialności współdziałających w popełnieniu czynu zabronionego na płaszczyźnie strony podmiotowej powinna zatem odnosi się nie tylko do relewantnego na gruncie regulacji kodeksu wykroczeń podęgania i pomocnictwa, ale obejmowa także sprawstwo pojedyncze bezpo rednie. Wprowadzona modyfikacja posługująca się ogólnym pojęciem „współdziałających” mogła w kodeksie wykroczeń słuszy wyłźnie podkre leniu tej kwestii. W tym kontekście jest zupełnie oczywiste, że odwołanie się w treści art. 14 § 2 k.w. do umylności lub nieumylności w zakresie nieumylności obejmuje tylko niezależną odpowiedzialność sprawcy pojedynczego bezpo redniego⁴⁹. Nie wyni-

Komentarz, red. *idem*, wyd. 2, *op. cit.*, s. 81-82. Wreszcie M. Błaszczyk, W.J. Janowski i M. Zbrojewska podkre lają, że mo liwo posługiwania się konstrukcją współsprawstwa po rednio mo na wywie z art. 14 § 2 k.w. „normującą zasad indywidualizacji winy ka dego ze współdziałających. Znamienne bowiem, że ten przepis nie odnosi się wprost jedynie do podęgacza i pomocnika, których dotyczą bezpo rednie regulacje w k.w., a u ywa wła nie określenie »współdziałających«”. Wskazuje on przy tym na odpowiedzialność ka dego ze współdziałających w granicach swojej umylności lub nieumylności, a zarówno podęganie, jak i pomocnictwo s czynami wyłźnie umylnymi” - *idem*, *Prawo i post powanie w sprawach o wykroczenia*, *op. cit.*, s. 28.

⁴⁹ Co do mo liwości powiązania podęgania i pomocnictwa z nieumylnym zachowaniem bezpo redniego wykonawcy, a innym słowy przypadków tzw. niewłaściwego podęgania i pomocnictwa do przestępstwa nieumylnego, oraz konstrukcji tzw. właściwego nieumylnego podęgania i pomocnictwa, a także związanych z tymi koncepcjami nieporozumień i kontrowersji zob. szerzej: P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej*, *op. cit.*, s.

ka z tego sformułowania pod adnym pozorem, i pojęcie „współdziałających” miałoby rozciągać się także na współsprawstwo, co sugerują nie-
zbyt dokładnie analizujący normatywną zawartość i znaczenie art. 14
§ 2 k.w. przedstawiciele doktryny. W tym obszarze, choć w późniejszym
okresie z bliżej niewiadomych powodów, zmienił zdanie⁵⁰ i raczej miał
Tomasz Grzegorzczak, komentując zmiany wprowadzone do kodeksu
wykroczeń i wskazując, że „nowy art. 14 § 2 k.w. odnosi się jednak za-
równo do podlegacza i pomocnika, jak też do sprawcy »głównego«, na
co wskazuje użycie określenia, że chodzi o kogoś ze »współdziałają-
cych« oraz wskazania, że każdy odpowiada w granicach swej umyślności
lub nieumyślności”⁵¹. Przepis ten z pewnością nie obejmuje pojęcia
„współdziałających” współsprawstwa, co wynika z regulacji zawartej
w art. 12 i 13 k.w., a także powszechnie przyjmowanej na gruncie pra-
wa karnego zasady, wedle której zakres desygnatów pojęcia „współdzia-
lających” uzależniony jest od kontekstu normatywnego, i bywa zmienny
w zależności od regulacji na gruncie której występuje⁵².

Nie sposób również bez racjonalnego naruszenia *ius interpretandi* oraz
konstytucyjnych zasad prawa represyjnego, że wprowadzenie do tre-
ści art. 14 § 2 k.w. pojęcia „współdziałających” miało na celu po-
rednie uregulowanie odpowiedzialności za współsprawstwo w popełnieniu
wykroczenia. Nie może tak być uzasadniana odwoływanie się do konstruk-
cji współsprawstwa odwołanie się do potrzeby kryminalnopolitycznej
lub wskazanie na swoiste wadliwość związane z brakiem stosownego
uregulowania w tym zakresie⁵³. Jakkolwiek wykładnia celowościowa
ma w prawie karnym istotne znaczenie, to nie może stanowić podstawy
kreatywnej, w istocie prawotwórczej wykładni skutkującej wykreowa-
niem przez przedstawicieli doktryny i orzecznictwo podstawy odpowie-
dzialności w zakresie, który nie został wyrażony w ustawie⁵⁴.

⁵⁰ Zob. T. Grzegorzczak [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. *idem*, wyd. 2, *op. cit.*, s. 80-81.

⁵¹ T. Grzegorzczak, *Nowela do prawa wykroczeń. Komentarz*, Kraków 1999, s. 20.

⁵² Zob. w tej kwestii szerzej: P. Kardas [w:] *Kodeks karny. Komentarz. Część ogólna*, t. 1, wyd. 5, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 479 i nast. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo.

⁵³ Jakkolwiek nie bez podstaw wskazuje się na różnorakie mankamenty regulacji zawartej w art. 12-14 k.w. w piśmiennictwie.

⁵⁴ Co do ograniczeń w tym zakresie wynikających z powszechnie akceptowanego w prawoznawstwie *ius interpretandi* oraz zasad i reguł konstytucyjnych zob. szerzej: M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017, s. 203 i nast. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo. Zob. też *idem*, *Spory ustrojowe a kompetencje sądów (Granice bezpośredniego stosowania Konstytucji)*, „Palestra” 2017, nr 12, s. 23-44.

W wietle przedstawionych wy ej uwag trudno uzna za uzasadnione twierdzenia o mo liwo ci odwoływania si zakresie podstaw odpowiedzialno ci za współdziałanie w popełnieniu wykroczenia do nieokre lonej w kodeksie wykrocze konstrukcji współsprawstwa. Podobnie nie sposób uzasadni mo liwo ci wykorzystywania w obszarze prawa wykrocze konstrukcji sprawstwa kierowniczego oraz sprawstwa polecaj cego.

Zakres mo liwego wykorzystywania opisanych w kodeksie karnym konstrukcji sprawczego współdziałania wyznaczany jest przez regulacje skutkuj ce „przeniesieniem” podstaw odpowiedzialno ci z prawa wykrocze do prawa karnego powszechnego, co zasadniczo ł czy si ze zjawiskiem kontrawencjonalizacji oraz opiera si na znanych kodeksowi karne mu konstrukcjach ci gło ci popełnienia przest pstwa i współsprawstwa. Poza tym zakresem mo liwo odwołania si do współsprawstwa jako podstawy odpowiedzialno ci za współdziałanie w popełnieniu wykroczenia jest wykluczona. Niczego w tym zakresie nie mo e zmieni powszechnie prezentowane w pi miennictwie z zakresu prawa wykrocze stanowisko przedstawicieli doktryny oraz orzecznictwo.

Konstatacja powy sza opiera si na weryfikacji poprawno ci twierdzenia o mo liwo ci wykorzystywania konstrukcji współsprawstwa w zakresie odpowiedzialno ci za współdziałanie w popełnieniu wykroczenia w kontek cie powszechnie przyjmowanego we współczesnym prawoznawstwie *ius interpretandi*, z uwzgl dnieniem konstytucyjnych i konwencyjnych podstaw odpowiedzialno ci w sferze prawa represyjnego. Powy sze konkluzje warto uzupełni wskazaniem, e granice odpowiedzialno ci za sprawstwo oparte s we współczesnym prawie karnym na modelu obiektywnej przypisywalno ci skutku. Wykorzystanie tej koncepcji w odniesieniu do odpowiedzialno ci za zachowania karalne znamienne skutkiem sprawia, i zasadniczo granice odpowiedzialno ci za sprawstwo wyznaczaj kryteria obiektywnej przypisywalno ci. Model ten z uwagi na zaliczenie prawa wykrocze do sfery prawa represyjnego znajduje pełne zastosowanie do okre lenia podstaw odpowiedzialno ci za sprawstwo wykroczenia. W przypadkach wykrocze znamiennych skutkiem jego aplikacja mo e okaza si o tyle znacząca, e w pewnych układach kryteria obiektywnej przypisywalno ci uzasadniaj poci gni cie do odpowiedzialno ci na podstawie nieco inaczej okre lonych przesłanek ni te, jakie wi si z klasycznymi regułami okre łaj cymi relacje kauzalne⁵⁵. Powinno by zanie powy szego twierdzenia ze wskazaniem, i w odniesieniu do zachowa charakteryzuj cych

⁵⁵ Zob. w tym zakresie szerzej: P. Kardas [w:] *Kodeks karny. Komentarz. Cz ogólna., op. cit.*, s. 370 i nast. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo.

si odpowiednio wy sz zawarto ci bezprawia z uwagi na zjawisko kontrapencjonalizacji oraz konstrukcje normatywne przewidziane w kodeksie karnym kwestia podstaw odpowiedzialności za sprawcze postaci współdziałania rozstrzygana jest na podstawie przepisów kodeksu karnego, by mo e pozwala na zaaprobowanie zawartych w tym opracowaniu konkluzji tak e na płaszczy nie kryminalnopolitycznej. Gdyby jednak okazało si , e przedstawiane przez zwolenników wykorzystywania konstrukcji współsprawstwa w zakresie odpowiedzialności za współdziałanie w popełnieniu wykroczenia powody wskazuj ce na uzasadnion kryminalnopolitycznie potrzeb odwoływania si do konstrukcji sprawczego współdziałania w zakresie oceny odpowiedzialności za wykroczenia zasadnie wskazuj na istnienie w tym zakresie luki prawodawczej, wówczas nie pozostaje nic innego jak przedstawienie postulatów *de lege ferenda* sprowadzaj cych si do wprowadzenia do kodeksu wykrocze stosownych regulacji dotycz cych tych postaci współdziałania. Gdyby ustawodawca decydował si na podj cie tego typu zmian, warto nie traci z pola widzenia przedstawianych w doktrynie twierdze , e w sferze prawa wykrocze z uwagi na charakterystyk zachowa karalnych, znaczenie ma nie tylko konstrukcja współsprawstwa, ale tak e, a by mo e przede wszystkim, konstrukcje sprawstwa kierowniczego i sprawstwa polecaj cego⁵⁶. Je li zatem ewentualnie decydowa o modyfikacjach okre lonych w cz ci ogólnej kodeksu wykrocze podstaw odpowiedzialności, to by mo e warto uzupełni zawarte tam rozwi zania o tre art. 18 § 1 k.k.

⁵⁶ Interesuj ce uzasadnienie w tym zakresie prezentuje: O. Sitarz, *Materiałne prawo wykrocze . Cz ogólna., op. cit., s. 75 i nast.*

Anna Kargol

Filozof i ołnierze. Czyli o praktycznym zastosowaniu pewnej idei w Zakonie Krzy a i Miecza - organizacji ołnierzy Wojska Polskiego lat trzydziestych

Historia organizacji o nazwie Zakon Krzy a i Miecza rozpoczyna si w 1934 roku, kiedy to Władysław Polesi ski, pilot wojskowy 2 Pułku Lotniczego w Krakowie, wracał samolotem ze Lwowa na macierzyste lotnisko w podkrakowskich Rakowicach. Samolot doznał awarii podczas l dowania i, pal c si , spadł na ziemi . Polesi ski usłyszał wówczas rzekomo głos nakazuj cy mu jak najszybciej si oddali . Moment pó niej samolot eksplodował. Jego ona miała si wówczas modli za niego i poleci go opiece Matki Boskiej. Po tym wydarzeniu Polesi ski zgromadził wokół siebie grup młodych oficerów, którzy od 1937 roku publikowali w „Polsce Zbrojnej” cykl artykułów o potrzebie nowego ołnierstwa w rycerskim stylu, b d cego lud mi silnymi i moralnymi¹. W 1938 roku Polesi ski zało ył swój organizacj w formie struktur zakonnych. Wydawane przez Zakon pismo „Krzy i Miecz” symbolicznie nawi zywało do rycerskich tradycji dawnej Polski. Ideologicznie wiele poruszanych w tków mogła dawa wiele do my lenia.

Zakon nie tylko identyfikował si z tradycjami rycerstwa polskiego, ale równie wpisywał si w rozbudzon na nowo na przełomie XIX i XX wieku ide przedmurza chrze cija stwa. Po ten wiekopomny mit narodowy si gano jeszcze przed odzyskaniem niepodległo ci, pragn c tym samym dowie racji Polski w gronie samodzielných narodów europejskich. Nowego wymiaru nabrał on po wojnie 1920 roku, szczególnie

Ze wzgl du na ograniczone rozmiary artykułu pomini te zostały ró dła prasowe.

Były to m.in. nr 13, 17, 22, 29 z 1939 r.

za spraw Witolda Hulewicza, który w swym artykule w czasopiśmie „Zdrój” umieścił manifest podnoszący Polskę do rangi bytu opatrnościowego Europy. „Wstań z martwych Polsko! Uczynił ci Bóg wspianym klinem, wrosłem w dno morza” - tak pisał Hulewicz, podnosząc nową misję Polski polegającą na obronie Europy przed rewolucją godzącą w jej prawa².

Hasło przedmurza miało w okresie międzywojennym także nie dobre konotacje. Nie pomagało ono bowiem w przewidywanym dezintegracji mniejszości narodowych stanowiących ponad 30% nowo powstałego państwa. Sprzeciwiała się temu hasłu skrajna lewica, widząc w nim zakamuflowane antykomunistyczne ostrze. Natomiast Kościół rozciął nad tym pojęciem zdecydowaną protekcję. Zarówno w kazaniach, jak i oficjalnych enuncjacjach Episkopatu Polska pełniła rolę chrześcijańskiego przedmurza, którego głównym wrogiem był wtedy dyktando komunistyczny Wschód³.

Bardzo podobnie w ten polsko-katolicki nurt wpisywał się Zakon Krzyża i Miecza, ze swoim rozumieniem pojęcia przedmurza. Przede wszystkim obrotami przedmurza była polska armia, a szczególnie ochotnicy będący równocześnie rycerzami Zakonu. Uzasadnienie ideologiczne takiej postawy znalazło się w *Regulaminie osobistym ochotnicza Zakonu*. Czytamy tam:

Zawiodły wszelkie kierunki i dogmaty polityczne, zawiodły wszelkie systemy - „raje”, wszelkie „sprawiedliwości” komunistyczno-masońskie. Szklane gmachy frazeologii marksistowsko-leninowskiej wali się w gruzy jak domki z kart pod ostrym tchnieniem życia zaledwie po kilkunastu latach swego istnienia. A nasza misja Przedmurza Chrześcijaństwa została i zostanie niewzruszona, bo to jest cel istnienia naszego narodu, bo to jest jego przeznaczenie. Tysiąc lat historii naszej o tym mówi i pod grobami twoimi przyszłych pokoleń niech się nikt nie o miela misji narodu wynaturza⁴.

Myślano, wedle zaleceń twórcy Zakonu, przekazywać na zbiorach wszystkim członkom organizacji. Poleski zapisał ją następująco: „Idealizm Polski; Polska przedmurzem Chrześcijaństwa - misja ta tkwi w duszy polskiej od 1000 lat. Tradycja Krzyża i Miecza”⁵. Z jednej strony przedstawiano system polityczny i społeczny wschodniego sąsia-

² J. Tazbir, *Polskie przedmurze chrześcijańskiej Europy. Mity a rzeczywistość*, Warszawa 1987, s. 136.

³ *Ibidem*, s. 139.

⁴ AAN [Archiwum Akt Nowych Warszawa], zespół 2541 [Zakon Krzyża i Miecza], sygn. 1, *Regulamin osobisty ochotnicza Zakonu Krzyża i Miecza*, s. 2.

⁵ AAN, zespół 2541, sygn. 1, *Projekty tematów na kolejne zbiórki zatwierdzone przez Władysława Poleskiego*, s. 2.

da zbudowany na „dogmatach maso sko-komunistycznych” jako walce si domki z kart, z drugiej strony wzywano do konsolidacji przeciwnemu jako niebezpiecznemu wrogowi. Niespójno ci tej ołnierzowi, wydaje si , nie tłumaczono szerzej.

Mit osadzano w rzeczywisto ci historycznej, odwołuj c si do dawnych rycerskich tradycji Rzeczypospolitej. „Musimy y wiadomo ci , e jeste my członkami Ko cioła wojuj cego, zało onego przez samego Boga, jeste my obro cami wiary jak dawni rycerze”⁶ - uczono na zbiorach. Sama nazwa Zakonu nawi zywała do tradycji rycerskiej. Tłumaczono j nast puj co:

Chcemy wytworzy bohaterów Krzy a i bohaterów Miecza. [...] Krzy jako symbol najwy szej ofiary i po wi enia, jako jedyny fundament mocy i prawo ci człowieka jako najistotniejsza tre duszy polskiego narodu i jako jego przeznaczenie dziejowe. Miecz jako symbol siły, pot gi Polski i rycersko ci⁷.

Twórca Zakonu nawi zywał wyra nie do my li Piotra Skargi i nie chodziło bynajmniej jedynie o ide przedmurza chrze cija stwa, którego Skarga był jednym z pierwszych głosicieli. To wła nie *Kazania sejmowe* Skargi znalazły si w obowi zkowym spisie lektur ołnierzy Zakonu. Polesi ski zaznaczał nawet fragmenty, które obowi zkowo miały by odczytywane zebrany. Szczególnie wskazywał na fragment o sze ciu chorobach Rzeczypospolitej z ksi gi drugiej.

To przecie Skarga postulował powrót do idei rycersko ci. Szlachcic miał by obro c warto ci patriotycznych i religijnych. W karykaturalnym przekazie kondycji stanu szlacheckiego zawartym w *Kazaniach* jawi si obraz ciemnoty, swarów, braku cnót obywatelskich⁸. Idee te ywcem zostały wcielone w zasady Zakonu. „Musimy y wiadomo ci , e jeste my członkami Ko cioła wojuj cego, zało onego przez samego Boga, jeste my obro cami wiary jak dawni rycerze”⁹. Etos rycerski miały pogł bia dobrane dla członków organizacji lektury, takie jak *Tatarska niewola* Henryka Sienkiewicza, gdzie ołnierze czytali mi dzy innymi, e „po bo ej te to jest my li rycerskiemu człeku z roli i wojny na pana wyrasta , a przy tym takie osadzanie stepu, pot ga Rzeczypospolitej si pomna a”¹⁰. Zakon widział swoj misj wiernie, jak przedstawiał j

⁶ *Ibidem*.

⁷ AAN, zespól 2541, sygn. 1, *ołnierstwo Krzy a i Miecza*, s. 1.

⁸ H. Olszewski, *Słownik twórców idei*, Pozna 2001, s. 397-400.

⁹ AAN, zespól 2541, sygn. 1, *Projekty tematów*., *op. cit.*, s. 2.

¹⁰ H. Sienkiewicz, *Tatarska niewola*, Warszawa 1911, s. 37 (to wła nie wydanie Gebethnera i Wolffa z 1911 roku zostało polecone przez Polesi skiego do czytania ołnierzom Zakonu).

Skarga. Miał budowa „Polsk Chrystusow ” i przy okazji „Przodownic Narodów”. Nawiązania do idei przedmurza w okresie międzywojennym były więc jedynie tłem, na którym zrodził się pomysł sięgnięcia do samego źródła idei. Widać, że Zakon eksploatował ideę w o wiele większym stopniu niż katolickie duchowieństwo tego okresu. Znamienny jest fakt wypowiedziania się o Chrystusie jako wodzu, ołnierzu. Członkowie Zakonu to wojsko Chrystusowe:

Ewangelia w. jest traktowana jako rozkaz Naszego naczelnego Wodza Chrystusa do swoich ołnierzy i należy ją słuchać w postawie na „baczo ”. [...] Styl komentarza [do Ewangelii - A.K.] musi być ołnierski. Unika powiedzeń kazaniowych. Komentarz ma być mową ołnierza o swoim wodzu. [...] Komentarz najlepiej wypadnie, gdy się mówi z pamięci, posługując się, w razie potrzeby, tekstem pisany. Egzemplarz Ewangelii winien być na zbiorce pod ręką¹¹.

W rozwijaniu tradycji ołnierskiej w ród członków miały być pomocne nie tylko powieści, ale i książki historyczne na wyższym poziomie, wymagające od czytelnika podstaw wiedzy historycznej, jak np. *Hetman ólkiewski* Artura Liwińskiego. Pomimo że autor przedstawiał odmienne poglądy na temat praw i stanu szlachty polskiej w XVI wieku od tych zawartych w *Kazaniach sejmowych*, niewątpliwie lektura przybliżyła czytelnikowi wielkość Rzeczypospolitej, jak również jej wady, choćby te były w cytacie: „W gadulstwie polskim utonęły najważniejsze zagadnienia państwowe, nie doczekawszy się rozwiązania”¹². Poleski wręcz nawoływał swych ołnierzy do nawrócenia się do tradycji Chrobrego, Jagiełły, ólkiewskich, Chodkiewiczów i Czarnieckich¹³.

Niewątpliwie korespondujący z przesłaniem Skargi jest stosunek Zakonu do obyczajowości. Skarga przestrzegał, że za grzechy, zepsucie i nierzadko Bóg pokarze naród polski upadkiem ojczyzny¹⁴. Zdaniem przywódców (czy też raczej przywódcy) Zakonu od czasu XVI wieku niewiele się Polsce zmieniło. Za przykład podawano upadek Polski, który nastąpił po czasach saskich, nazwanych epoką wszelkiego wyuzdania, zgodnie z dewizą „jedz, pij i popuszczaj pasa”. Przeto Zakon stawiał sobie za zadanie zwalczać pijactwo, swobodę seksualną i rozwój, gdy to one głównie miały rozkładać społeczeństwo i psuć kraj do upadku także w latach trzydziestych XX wieku. Wskazywano tu również analo-

¹¹ AAN, zespół 2541, sygn. 1, *Oddział wychowania ideowego* (Warszawa dnia 5.XI.1938 r. Do Szefów Wychowania Ideowego i Komendantów Sekcji), s. 1.

¹² A. Liwiński, *Hetman ólkiewski*, Warszawa 1920, s. 69.

¹³ AAN, zespół 2541, sygn. 1, *ołnierstwo Krzyżowe*, op. cit., s. 1.

¹⁴ J. Tazbir, *Piotr Skarga. Szermierz kontrreformacji*, Warszawa 1983, s. 258.

gi do upadku z identycznych przyczyn staro ytnych Grecji i Rzymu¹⁵. Postawa taka wpł ywała na przyj cie specyficznej etyki dotycz cej członków Zakonu oraz - o czym była ju mowa - tradycji rycerskiej. Przeło ona na j zyk współczesny wyra ała si w szczytnym w swym brzmieniu ha le „Szerzy ide ołnierstwa i gotowo po wi cenia si dla Ojczyzny, tak w czasie wojny jak i w czasie pokoju”¹⁶. Gotowo t nale ało osi gn przez rezygnacj z własnych ambicji na korzy ojczyzny. Mówiono o zwyci stwie nad prywat : „Zwyci ajmy własne »ja« na korzy trzech hierarchicznych warto ci wiary, ojczyzny i rodziny”¹⁷.

Oprócz ewidentnego oparcia ideologii Zakonu na *Kazaniach sejmowych* Skargi si gano do wielu innych wzorców ideowych. I tak znajdujemy w zapiskach programowych organizacji odniesienia do ideologii narodowej demokracji, sanacji, a nawet mesjanizmu. Ciekawa wydaje si koncepcja mocnego człowieka, która ewidentnie przywodzi na my l teorie Stanisława Szukalskiego, cho by jedynie w warstwie retorycznej. Szukalski równie pisał z patosem o „bezbohaterzu”, które dotkn ło naród. „Chryścianizm” - dla Zakonu Krzy a i Miecza - „to ku nia bohaterów”¹⁸.

Na nic zdadz si najpot niejsze hasła, nic nie b dzie z szumnych zawoła o mocarstwowo ci Polski, je li człowiek w Polsce b dzie płazem id cym na brudnym pasku łatwizny ycia, je li nie stworzymy atmosfery mocnych, elaznych i nieugi tych ludzi o mi niach z kamienia i charakterach z elaza. Bez mocnych i prawych ludzi nie zrobimy nic!¹⁹

Okazuje si jednak, e ten typ człowieka wi cej miał wspólnego z totalitarnymi wzorcami ni my l poga skiego nacjonalizmu w wydaniu Szukalskiego.

Wyra nie te jawi si nawi zania do mesjanizmu. Oprócz roli sza ca obronnego przed komunizmem i rewolucj Polska ci gle pełni rol przedmurza chrze cija stwa, co wi cej, nie tylko przedmurza, ale i promotora, rozsądnika idei religijnej w yciu pa stwowym. W tym duchu ma wpł ywa na inne narody i to jest dopiero pełn wersj jej dziejowej misji. „Chcemy budowa Polsk Chrystusow - Przodownic narodów”²⁰ - hasło to jest ewidentn parafraz romantycznej idei Polski - mesjasza narodów. W *Regulaminie osobistym ołnierza Zakonu Krzy a i Miecza* czytamy:

¹⁵ AAN, zespół 2541, sygn. 1, *ołnierz Zakonu w stosunku do swego otoczenia*, s. 30.

¹⁶ AAN, zespół 2541, sygn. 1, *Oddział wychowania ideowego.*, *op. cit.*, s. 2.

¹⁷ AAN, zespół 2541, sygn. 1, *Projekty tematów.*, *op. cit.*, s. 1.

¹⁸ AAN, zespół 2541, sygn. 1, *Oddział wychowania ideowego.*, *op. cit.*, s. 1.

¹⁹ AAN, zespół 2541, sygn. 1, *Regulamin osobisty.*, *op. cit.*, s. 2.

²⁰ AAN, zespół 2451, sygn. 1, *Obowi zki komendanta Sekcji*, s. 4.

Niech nas rozsądza rewolucyjna pasja szerzenia dobra, pasja budowy naokoło nas mocy i prawo ci, pasja wielkiej, moralnie wysoko stojącej Polski - Polski Naczelnika Narodów. My nie chcemy by papug narodów. My młode twarde pokolenie brzydzimy się tak rolą, nas re palca dza Naczelnictwa moralnego innym narodom - tak jest. Naczelnictwa, to nie jest jakiś retoryczny zwrot, to jest treść naszych pragnień, naszych dążeń, to jest ogień, który się pali w naszych piersiach. [...] Polska będzie naczelnikiem narodów świata, przez zrealizowanie nauki Chrystusa w życiu państwa i życiu jednostki. My już tak własnymi uczynimy rękami. [...] Promienie naszych serc to kult mocy i prawo ci, ogień naszych dusz, to światło idące z wiary w Boga, z wiary naszych praojców²¹.

Wraz z silnym przekazem religijnym, a równocześnie niezgodnie z ideą Skargi, postulowano uzdrowienie życia społecznego, które uznawano za zepsute i niezdrowe. Określano je jako hołdującą kulturze ucięcia, która to kultura miała być narzucona polskiemu narodowi przez obce siły, wrogie, najpewniej żydowskie, mające na celu działanie na szkodę państwa i społeczeństwa. Postulowano więc konieczność odrodzenia moralnego narodu, hasło znane już wcześniej z programu sanacji. Zepsucie moralne miało godzić w tradycje rycerskie i niszczyć siły tkwiące w narodzie. „Wszelki kryzys zaczyna się od kryzysu moralnego, a więc chcąc przeprowadzić jakkolwiek naprawę w Polsce, trzeba zacząć od naprawy stanu moralnego”²² - pisano. Pomimo gloryfikacji historii, wielkości i aspiracji mocarstwowych polskich naród charakteryzowano jako rozsadzany od wewnętrznych wiecznymi swarami, kładąc ten fakt na karb leżących w polskiej duszy kłótniowość, ale i zadzierzystość²³. Trzeba zauważyć, że jednak ta ostatnia cecha nie ma konotacji do końca negatywnych. Naród psuły wpływy zewnętrzne, a przysłowiowa dusza polska je liść dziła, to głównie z powodu ułaskawionej fantazji i krewkiego charakteru. Hasło sanacji moralnej łączyło z podkreśleniem znaczenia roli Marszałka Piłsudskiego i jego myśli. Przedstawiano go jako przykład mocnego człowieka, który potrafił swoją siłą przekuć w korzyść dla ojczyzny. „Odnierze mieli i w jego łady. „Naczelnny Wódz rozkazał, e mamy dążyć Polskę wzwyż, eby a w krzyżach trzeszczało. Im te krzyże będą mocniejsze, tym Polska wyżej się podniesie”²⁴.

Wiele aspektów ideowych wydaje się wywodzić z programu narodowej demokracji. Przede wszystkim antysemityzm i zdecydowany antykomunizm. W społeczeństwie żydowskiej widziano siedlisko tendencji rozkładowych społecznie, które miały na celu zniszczenie w naro-

²¹ AAN, zespół 2541, sygn. 1, *Regulamin osobisty*., op. cit., s. 2.

²² AAN, zespół 2541, sygn. 1, *Oddział wychowania ideowego*., op. cit., s. 2.

²³ AAN, zespół 2541, sygn. 1, *odnierz Zakonu w stosunku*., op. cit., s. 29.

²⁴ AAN, zespół 2541, sygn. 1, *odnierzstwo Krzyża i Miecza*, s. 4.

dzie polskim zdrowia moralnego. „Trzeba rozp dzi zatrut atmosfer szmoncesowo-dancingow , atmosfer bałwochwalczego kultu grosza i wszelkiego u ycia i nadu ycia”²⁵ - pisano. Wzywano do walki z tak zgubnymi tendencjami. W regulaminie dotycz cym obowizków komendanta sekcji Zakonu jednym tchem wymieniano zwalczanie „wszelkich akcji demoralizuj cych i osłabiaj cych sił moraln i materialn narodu i pa stwa np. bezbo nictwo, rozwi zło seksualn , pornografi , alkoholizm, nieuczciwo , warcholstwo, komunizm, wpływy masonerii i ydowskie zwłaszcza w dziedzinie moralno-obyczajowej”²⁶. Podobne pogl dy posiadał Zakon w kwestii miejsca religii katolickiej w pa stwie oraz wzajemnych relacji pomi dzy yciem religijnym a pa stwowym. Planuj c lini wychowania ideowego młodych ołnierzy, zastanawiano si , w jaki sposób mo na praktycznie chrystianizowa ycie pa stwa. Chodziło tu o ycie zarówno rodzinne, zawodowe, jak i społeczne²⁷. Chocia pod wzgl dem prywatnym ka dy ołnierz spełniał swoje obowiązki religijne jedynie pod kontrol swego sumienia, to nie wykluczało rzecz jasna presji rodowiska czy przeło onych. Reguły Zakonu pod nazw *Obowizki religijne* mówiły jednak e wyra nie o sumieniu²⁸.

Wraz z szerzeniem idei mocarstwowoci Polski, co nie przeszkadzało przywódcom Zakonu konstatowa realnego poło enia politycznego i mi dzynarodowego kraju, podnoszono hasło t pienia modnego rzekomo kompleksu ni szo ci własnej Ojczyzny²⁹. To ju sztandarowe hasło prawicy niezale nie od okresu historycznego. Nie definiowano, jak konkretnie miał si on objawia , przeciwstawiano mu jedynie wspomnian wy ej retoryczn mocarstwowo . Podobnie do planów narodowej demokracji widziano swój rol wobec mniejszo ci narodowych, które nale ało zasymilowa , za wyj tkiem narodowoci ydowskiej, któr uznawano za matecznik wszelkiego zła moralnego i antypa stwowego. Ka dy ołnierz Zakonu miał popiera w swoim otoczeniu „ywioły polskie”, co miało polega na udzielaniu pomocy, o ywianiu ich działań wszelakich oraz pobudzanie ich wzrostu. Mieli oni wchodzi w kontakt z lokalnymi mniejszo ciami narodowymi nie ydowskimi i szerzy w ród nich „urok kultury polskiej”. Mieli by oni „ambasadorami polszo ci”. Jednak e „przeciwko działalno ci nielojalnej wobec pa stwa, wyst puj natychmiast i dopilnuj, aby winni zostali surowo ukarani”³⁰ - mówiły

²⁵ AAN, zespół 2541, sygn. 1, *Regulamin osobisty...*, *op. cit.*, s. 1.

²⁶ AAN, zespół 2541, sygn. 1, *Obowizki komendanta...*, *op. cit.*, s. 3.

²⁷ AAN, zespół 2541, sygn. 1, *Oddział wychowania ideowego...*, *op. cit.*, s. 1.

²⁸ AAN, zespół 2541, sygn. 1, *Obowizki religijne*, s. 16.

²⁹ AAN, zespół 2541, sygn. 1, *Projekty tematów...*, *op. cit.*, s. 1.

³⁰ AAN, zespół 2541, sygn. 1, *ołnierz Zakonu w stosunku...*, *op. cit.*, s. 29.

regulaminy. Cytowano Romana Dmowskiego, ale i Benita Mussoliniego faszyst . „Mocny człowiek nie liczy si z opozycj ogółu, ale mu j narzuca”³¹ - przedrukowywano antydemokratyczne hasło Dmowskiego z „Dziennika Narodowego”.

Organizacja Zakon Krzy a i Miecza była specyficzna i zorganizowana na sposób na pół zakonny, na pół wojskowy. Podstawow jednostk organizacyjn i wychowawcz zarazem była sekcja. Na czele sekcji stał komendant, któremu podlegało od trzech do pi ciu członków, czyli ołnierzy. Członkowie faktycznie byli ołnierzami, ale zyskiwali tak e ten status w drugim wymiarze jako ołnierz Zakonu czy wr cz ołnierz Chrystusa. Wy sz jednostk był zast p, któremu przewodził komendant zast pu. Komendantowi zast pu podporz dkowany hierarchicznie był komendant sekcji. Organizacj , ideologi i ycie Zakonu regulowały statut, regulamin oraz instrukcje³².

Z Zakonem współpracowali te duchowni. Wi ksze zgrupowania ołnierzy Zakonu posiadały swoich kapelanów. W skład zarz du kapituły równie wchodził kapelan. W 1939 roku zacz to czyni starania, aby do kapituły weszło wi cej ksi y³³.

Przebieg zbiórki ołnierskiej był ci le okre lony. Zaczynało si od chwili skupienia w postawie na baczno . Komendant sekcji wypowiadał wezwanie „Wzbud my w sobie pragnienie, by nas przenikn ł Wszechmog cy Bóg - chcemy budowa Polsk Chrystusow - Przodownik narodów. Niech nas w tej pracy wspomaga Chrystus - Pro my Go o to”. Na zako czenie zbiórki komendant sekcji podawał komend „baczno ” i zarz dzał chwil skupienia, ko cz c słowami „Dzi kujmy Bogu za okazan nam pomoc w naszej pracy”. Na koniec nale ało si prze egna , zaznaczaj c tym samym, e praca w Zakonie to czynno w pewnym sensie religijna. Prace na zbiorce zwykłej przebiegały nast puj co: najpierw odczytywano fragment Ewangelii, nast pnie odczytywano ust p tekstu o charakterze patriotycznym i ewentualnie omawiano go z uwzgl dnieniem jego odniesienia do chwili bie cej, potem odczytywano fragment tekstu o kształceniu woli, na co kładziono w Zakonie szczególny nacisk. Kolejnym punktem były wiczenia woli według specjalnego programu, a na koniec omawiano bie ce sprawy, takie jak meldunki czy rozdział zada . Protokoły ze zbiórek traktowano jako poufne³⁴.

³¹ AAN, zespół 2541, sygn. 2, „Krzy i Miecz” czerwiec 1939, R. 2, nr 5, s. 1, za: „Warszawski Dziennik Narodowy”, 13.01.1939.

³² AAN, zespół 2541, sygn. 1, *Obowi zki komendanta.*, *op. cit.*, s. 1.

³³ AAN, zespół 2541, sygn. 2, „Krzy i Miecz” stycze 1939, R. 2, nr 1, s. 11.

³⁴ AAN, zespół 2541, sygn. 1, *Obowi zki komendanta.*, *op. cit.*, s. 5.

Zakon był z pewno ci organizacj elitarn . Nie ukrywano tego w hasłach ideowych. „Niczym jest masa ludzka - wszystkim jest człowiek”³⁵ - cytowano Napoleona. Stawiano na jednostk :

I w rzeczywisto ci ka da gromada opiera si na jednostkach mocnych i prawych i oblicze tej gromady jest takie, jaka jest tre wewn trzna jej naturalnych przywódców. Wyst puje to specjalnie w wojsku, jako gromadzie zorganizowanej, której celem jest zwyci stwo przez mier ³⁶.

W ka dym razie organizacja była sekretna i nie mo na si było do niej zwyczajnie zapisa . Przyj cie do Zakonu odbywało si tylko przez polecenie:

Podobno w ród wojskowych, w ród podporuczników, poruczników powstaje po cichu co w rodzaju zakonu, którego rycerze wyrzekaj si wszelkich metod, prowadz cych kr t a krótk drog do kariery [pisał krakowski IKC - A.K.] lubuj t pi serwilizm, tchórzostwo, kłamstwo. Chc prawdy, ładu, chc zdrowia moralnego. [...] Rzecz doprawdy szczególna, e gruby mrok tajemnicy, e maska konspiracji przykrywa ma ten zdrowy ruch, któremu oby nieba sprzyjały³⁷.

Zasady dotycz ce członków Zakonu były surowe, poddawani oni byli szeregowi reguł i nakazów, a nadto szczegółowej, bez mała, inwigilacji. Ka dy komendant sekcji miał obowi zek przeprowadzi raz na dwa tygodnie „szczer i przyjacielsk ” rozmow , podczas której miał za zadanie wybada ycie wewn trzne ołnierza, jego pogl dy, ale i kłopoty i problemy dnia codziennego, rodzinne, studenckie. O ka dym członku sekcji prowadzono zapisy i notatki, gdzie sporz dzano uwagi o zachowaniu, warto ciach moralnych, ewentualnym wykorzystaniu w pracy. Przez wej cie w przyjacielskie stosunki, ale równie - co nale y podkre li i na co kładziono du y nacisk - przez dawanie przykładu moralno ci i nienagannym post powaniem, komendant miał osi gn zaufanie swych podopiecznych i. władz moraln nad nimi!³⁸ Zakon planował równie zdoby szerokie wpływy w społecze stwie. Chciano rz du dusz! Wierzono, e da si go uzyska , epatuj c społecze stwo swoj sił , moc wewn trzn i elastycznymi regułami stosowanymi we własnym yciu, na własnym przykładzie: „B dziemy mieli wówczas rz d dusz tych, z którymi si stykamy, b dziemy wówczas mogli urabia

³⁵ AAN, zespół 2541, sygn. 1, *ołnierstwo Krzy a...*, *op. cit.*, s. 1.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Z. Rowakowski, *Salto mortales*, „Ilustrowany Kurier Codzienny” (niedziela), 12.12.1937.

³⁸ AAN, zespół 2541, sygn. 1, *Obowi zki komendanta.*, *op. cit.*, s. 2-3.

opini, b dziemy wówczas nieoficjalnie s dziami innych”³⁹. Du o uwa-
gi po wi cano zachowaniu członków Zakonu w społecze stwie, które
powinno by nienaganne. Przykazywano nikogo nie zra a krytyk czy
zło liwo ci . Członek Zakonu Krzy a i Miecza powinien by uprzejmy
i pokazywa si jako osoba pozytywna, zadowolona, energiczna i opty-
mistyczna. Miało to zjednywa otoczenie. Jednak e, z drugiej strony,
uczono, a by bezwzgl dnym wobec wykrocze : „Je li stwierdzisz zł
wol , to musisz dopilnowa jej ukarania w sposób prawny i nie dopu ci
do zatuszowania sprawy, cho by nawet to był twój brat lub dziecko”⁴⁰.
Reguły tego typu to ju wi cej ni bezwzgl dno . To uderzenie w naj-
bardziej elementarne wi zi ludzkie, respektowane ju przez kodeks
post powania karnego z 1932 roku. Zapewne tego typu nakazy były
prost konsekwencj społecznego i utylitarnego traktowania rodziny,
której zało enie uwa ano za obowi zek człowieka wobec pa stwa. T
wyj t ywcem z totalitarnej doktryny powinno opatrzone moc-
no niewyszukanym argumentem, jakoby była to najprostsza droga do
utrzymania zdrowia fizycznego i moralnego⁴¹.

Zastanawia mo e, sk d taki eklektyzm w tków ideowych w para-
wojskowym stowarzyszeniu. Otó wydaje si , e *credo* Zakonu Krzy-
a i Miecza jest wiernym bez mała powtórzeniem doktryny polskiego
filozofa Wincentego Lutosławskiego. Zakon odwzorował jego my l
w kwestiach politycznych i społecznych, nadto antropozoficznych wraz
ze wskazówkami praktycznymi, takimi jak wiczenia psychofizyczne.
Rzecz jasna cała idei została mocno spauperyzowana, je li nie wr cz
sprymitywizowana.

Nie udało si ustali bezpo rednich, personalnych zwi zków po-
mi dzy zało ycielem Zakonu Polesi skim a Lutosławskim. By mo e
uczestniczył on w jego publicznych wykładach, które cieszyły si w okre-
sie mi dzywojennym ogromn popularno ci . Sam Lutosławski miał
słabo do zakładania towarzystw o charakterze edukacyjnym. Jeszcze
pod koniec XIX stulecia zało ył on organizacje Eleusis, maj c na celu
doskonalenie moralne jednostek. Po rozłame w Eleusis w 1912 roku
powołano do ycia Zakon Kowali - ku nic wychowania narodowego⁴².
Regulamin osobisty ołnierza Zakonu Krzy a i Miecza głosił dokładnie, e
„Rycerski Zakon Krzy a i Miecza jest zorganizowanym ruchem etycz-

³⁹ AAN, zespól 2541, sygn. 1, *Regulamin osobisty...*, *op. cit.*, s. 4.

⁴⁰ AAN, zespól 2541, sygn. 1, *ołnierz Zakonu w stosunku...*, *op. cit.*, s. 32.

⁴¹ AAN, zespól 2541, sygn. 1, *Obowi zki rodzinne*, s. 17.

⁴² W. Jaworowski, *Eleuteryzm i mesjanizm. U ródeł fi lozofi i społecznej Wincentego Lu-
tosławskiego*, Kraków 1994, s. 25-27.

nym ł cz cym w sobie religi i patriotyzm i ma za cel wytworzy przodowników moralnych w narodzie i zdrow moraln atmosfer ”⁴³.

Sprzyjaj cy najpierw endecji Lutosławski stał si nast pnie zwolennikiem programu piłsudczyków, co sprawiło, e starał si wykreowa rodzaj wiatopogł du mediacyjnego pomi dzy dwoma ideami⁴⁴. To st d wywodzi si idea chrze cija skiej Polski b dcej sza cem broni cym przed bolszewizmem⁴⁵. To nie kto inny a Lutosławski jest propagatorem mesjanizmu etycznego i politycznego. Uznał si on za spadkobierc Stanisława Szczepanowskiego, inicjatora ruchu odrodze czego i twórcy idei neomesjanistycznych w Galicji na przełomie XIX i XX stulecia⁴⁶. Lutosławski si ga do mesjanizmu romantycznego Adama Mickiewicza, Andrzeja Towia skiego czy wizji Juliusza Słowackiego i traktuje ich jako reformatorów moralno ci społecznej⁴⁷. To zapewne od Lutosławskiego zaczerpn ł Polesi ski przekonanie, e Polska przekazuje wiatu przeznaczenie ludzko ci przez postaw moraln , przez takie warto ci - immanentne narodowi polskiemu - jak braterstwo, tolerancja, identyfikacja jednostki ze wspólnot , w której odnajduje sens swojej działalności. To tak e przekonanie, e Polska jest narodem predestynowanym do realizacji Królestwa Bo ego na ziemi⁴⁸. Lutosławski nawi zywał te do Henri Bergsona, którego rozwi zania metafizyczne uwa ał za bliskie mesjanizmowi polskiemu⁴⁹. Sam Bergson wielokrotnie odnosił si do filozofii Lutosławskiego.

Nie bez znaczenia pozostaj te kwestie natury wojskowej. Lutosławski interesował si tworzc si polsk armi jeszcze przed odzyskaniem niepodległ ci przez Polsk . Napisał na ten temat w 1917 roku ksi k , w której wyraził pogł d na temat znaczenia indywidualnego ołnierza w wojsku. Przekonywał, e nawet w najdoskonalszej armii najwa niejszy pozostaje ołnierz, dlatego armia musi by szkoł duchowego rozwoju opart na wiadomych duchowych d eniach. Wojsko polskie widział jako realizuj ce ideał polskiego ołnierza i polskiego wodza. Mieli to by ludzie, którzy sprawnie fizyczn i duchow potrafi doprowadzi do najwy szego stopnia⁵⁰.

⁴³ AAN, zespół 2541, sygn. 1, *Regulamin osobisty.*, *op. cit.*, s. 1.

⁴⁴ W. Jaworowski, *Eleuteryzm.*, *op. cit.*, s. 137.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 136, 137.

⁴⁶ K. Ratajska, *Neomesjanistyczni spadkobiercy Mickiewicza*, Łódź 2010, s. 10.

⁴⁷ W. Jaworowski, *Eleuteryzm.*, *op. cit.*, s. 145.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 148.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 22.

⁵⁰ W. Lutosławski, *Armia polska*, Pary 1917 s. 62, 65.

ołnierz powinien być ywym wzorem tego, do czego człowiek przez umiejętne wiczenia może dojść w zakresie sprawności zarówno cielesnej, jak umysłowej i duchowej. To idealne ołnierstwo będzie w przyszłej Rzeczypospolitej nie lada przywilejem dostępnym tylko najdzielniejszej i najzaciejszej młodzieży [pisał Lutosławski - A.K.]. Takie życie podniosłe jest możliwe, gdy wszystkie wiczenia przeniknie duch religijny, przy czynnym udziale duchownych. Wic wojsko polskie potrzebuje wiatłych kapłanów umiemych podtrzymać ducha i rozumiejących życie ołnierskie⁵¹.

Przypomnijmy, Poleski traktował swą organizację jako zakon patriotyzmu i Chrystusa, a członkowie jego mieli być kapłanami polskości i wiary⁵². U Lutosławskiego doskonałym ołnierz byłby wręcz wi tym, bowiem najwiciwi ci byli ołnierzami Kościoła. Lutosławski opierał się na znaczeniu starotestamentowego „Boga - Pana zastępów”, ale i poezji sanskryckiej Bhagawadgicie, gdzie bóg Kryszna zagrzewa do boju rycerza mylicieła Ardu do nadchodzącej bitwy. Walka wojenna o dobre sprawy jest symboliczną transpozycją walki duchowej⁵³.

Lutosławski był przekonany o nieustającej aktualności kwestii militarnej, gdy jego zdaniem narody nie uległy przemianie, skoro - jak twierdził - sam Chrystus ich nie przemienił. Pacyfizm utożsamiał z tchórzostwem, jak u Ernsta Blocha, lub przesytem życia jak u Lwa Tołstoja. Uważał, że człowiek młody, zdrowy, czysty i szlachetny będzie równie skłonny do użycia miecza w obronie swego narodu jak w. Piotr w obronie Chrystusa⁵⁴. W ten ton wpisywał się „Krzyż i Miecz”, przedstawiając w superlatywach motywację Anglików organizujących kursy wojskowe na londyńskim uniwersytecie:

Poszanowanie życia ludzkiego doprowadza się do bałwochwaltwa, skoro poczynają się je uważać za cenniejsze od prawa i sprawiedliwości. [...] I nie byłoby nic bardziej samobójczego jak uczyć obywateli tego, że życie jest cenniejsze od sprawiedliwości. Jeżeli kiedy dojdzie do tego, że narody poddadzą się w ogóle zatarg decyzyjny trybunału, to stanie się to nie dlatego, że będzie lepsze, ale dlatego tylko, że nie mają już nic droższego nad życie⁵⁵.

⁵¹ *Ibidem*, s. 66.

⁵² AAN, zespół 2541, sygn. 1, *Oddział wychowania ideowego...*, *op. cit.*, s. 3, AAN, zespół 2541, sygn. 1, *Projekty tematów...*, *op. cit.*, s. 3.

⁵³ W. Lutosławski, *Armia polska...*, *op. cit.*, s. 67; Poleski zalecał swym ołnierzom czytanie i wzorowanie się na Bushido, kodeksie japońskich samurajów (wydanym w Warszawie w 1904 r.), AAN, zespół 2541, sygn. 2, „Krzyż i Miecz”, czerwiec 1939, R. 2, nr 5, s. 2.

⁵⁴ W. Lutosławski, *Armia polska...*, *op. cit.*, s. 62, 67.

⁵⁵ AAN, zespół 2541, sygn. 2, „Krzyż i Miecz”, czerwiec 1939, R. 2, nr 5, s. 10.

Lutosławski wystąpił z przekonaniem, że problem wiary społecznej może być rozwijany tylko na gruncie spirytualizmu⁵⁶. Nieprzypadkowo więc cele Zakonu głosiły: „Na czele wszystkich zamiarów życiowych musimy umieć cele nadprzyrodzone - one tylko mają wartość nieprzemijającą”⁵⁷. A tak jest:

Chcemy wytworzyć ludzi mocnych i prawych, ludzi ofiary i poświęcenia, ludzi o duszy czystej - przodowników o sile nieomal nadludzkiej - bowiem tylko tacy mogą dźwignąć Polskę na czoło narodów [...] Chcąc do takich sił dojść, trzeba się oprzeć o źródło sił nadludzkich - o Wszechmoc - o źródło nigdy nie wysychające, z którego możemy czerpać jak najwięcej, by móc Polsce dać jak najwięcej⁵⁸.

I jeszcze: „Nie ma takiej rzeczy na świecie, której by człowiek nie mógł dokonać w oparciu o Najwyższą Moc. [...] My nie jesteśmy negacją. My jesteśmy energią tworzącą moc i prawo”⁵⁹.

Lutosławski absolutyzuje wolę jednostek, redukując psychikę jednostki do woli⁶⁰. Jego zdaniem religia chrześcijańska uczy zdobywania i stosowania łask za pomocą pokory, gdy człowiek czuje własną bezsilność i nicość, natomiast tradycja aryjska uczy rozwijania potęg własnych, bez boskiej pomocy, jeżeli jesteśmy w stanie uwierzyć w boskość naszej własnej jaźni⁶¹. „Ufaj bezgranicznie w Opatrzność i jednocześnie nie postępuj tak, jakby wszystko tylko od Ciebie zależało”⁶² - głosiły przykazania Zakonu.

Nadto zalecano ołnierzom ciągłe rozbudzanie w sobie pragnienia siły, po daniu jej. Myślenie o sile ma przepełniać jednostkę do głębi przy równoczesnym zachowaniu skromności. „Przed rozpoczęciem każdej pracy wiadomo sobie mocno, że nie ma rzeczy niemożliwych na tym świecie”⁶³ - uczono w *Dziale osobistym*. Lutosławski uczył, że nie wolno rozpraszać nadaremnie myśli i uczuć, gdy nie starcza dla samego człowieka, szczególnie jeżeli wydatkuje się je na innych:

Opanowanie myśli, pozwalające nam w czasie odpoczynku na usunięcie z wiadomości tego, co nam spokój odbiera, przygotowuje nas do tego rodzaju opanowania, myśli, które pozwala skupić siły na cel główny i bezpośredni, a jed-

⁵⁶ W. Jaworowski, *Eleuteryzm...*, op. cit., s. 22.

⁵⁷ AAN, zespół 2541, sygn. 1, *Projekty tematów*, op. cit., s. 1.

⁵⁸ AAN, zespół 2541, sygn. 1, *Regulamin osobisty*, op. cit., s. 1.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 4.

⁶⁰ W. Jaworowski, *Eleuteryzm*, op. cit., s. 23.

⁶¹ W. Lutosławski, *Rozwój potęg woli*, Warszawa 1987, s. 3.

⁶² AAN, zespół 2541, sygn. 1, *Przykazania*, s. 7.

⁶³ AAN, zespół 2541, sygn. 1, *Dział osobisty ołnierza Zakonu*, s. 10.

nak u ywa w ka dej chwili tylko tyle tych sił, ile rzeczywi cie potrzeba nie czekaj c ani chwili z ich u yciem⁶⁴.

„Zasadniczym warunkiem panowania nad sob , to dyscyplina my li” - to z kolei, fragment tekstu zakonnego *Dyscyplina wewn trzna*. „Chodzi o to, aby doszedł do takiego stanu, e my lisz tylko o tym, o czym ty chcesz, i e wszystkie obce my li odlatuj od ciebie za jednym aktem twojej woli”⁶⁵.

Od Lutosławskiego przejął równie Zakon nauki o kulturze odpoczynku. Według niego ludzie pozbawieni s na ogół umiejtności odpoczyniania, tymczasem przez jedn godzin doskonałego wypoczynku wi cej mo na zgromadzi sił ni przez kilka godzin niespokojnego snu. Istot wypoczynku jest według Lutosławskiego zupełne rozlu nienie mi ni i oddech. „Gdy pewien człowiek umie pr dzej wykona jak prac ni inny, to najcz ciej polega to na tym, e ani chwili czasu nie traci na my li lub ruchy do celu nie prowadz ce”⁶⁶ - przekonywał.

„Nie ró b kilku prac na raz” - głosił *Dział osobisty*. „Jedna my l, jedna wola, jedna praca”⁶⁷. „Ka d tw czynno wykonywuj spokojnie. Spokojnie wstawaj, spokojnie chod , spokojnie jedz, spokojnie pracuj. Spokój bowiem - to ró dło i dro d e siły a siła to rado ycia”⁶⁸.

Dział osobisty zawierał równie wskazówki dotycz ce post powania przed snem, zachowania sił i zdrowia w yciu codziennym, które to wskazówki mo na odnale w pracy Lutosławskiego *Rozwój pot gi woli* w działach takich jak wiczenia poranne, pobudzanie kr enia, wiczenia nasenne. Mo na przypuszcza , e wykonywane na zbiórkach wiczenia woli wykonywane były podług licznych polece Lutosławskiego, a zapo yczonych z hinduskiej jogi.

Co jednak trzeba wyra nie zaznaczy , wymowa polityczna i społeczna Zakonu była ju o wiele bardziej populistyczna i bardziej ocierała si o sloganowe hasła endeckie, momentami faszystowskie, ni przystawała do koncepcji Lutosławskiego. Wydaje si równie , e były to po prostu koncepcje Poleskiego, gdy wi kszo tekstów, zarówno w pi semku „Krzy i Miecz”, jak i w dokumentach archiwalnych Zakonu, nosi po prostu podpis „Władysław”.

⁶⁴ W. Lutosławski, *Rozwój pot gi...*, *op. cit.*, s. 5, 55, 56.

⁶⁵ AAN, zespół 2541, sygn. 1, *Dyscyplina wewn trzna*, s. 18.

⁶⁶ W. Lutosławski, *Rozwój pot gi...*, *op. cit.*, s. 47-55.

⁶⁷ AAN, zespół 2541, sygn. 1, *Dział osobisty*., *op. cit.*, s. 11.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 10.

Po pierwsze, negatywnej diagnozie społeczeństwa polskiego towarzyszyła naiwna wiara, że instytucja czy instytucje wytwarzające dobrą atmosferę moralną są w stanie złą sytuację zmienić.

Dziś te rzesze działają w kierunku ucięcia bez zasad, w kierunku nieuczciwości, bo ich przyciąga coraz więcej zorganizowane zło. [...] Słyszysz się często zdanie, że „głupi jest porządek”, a więc te wielkie rzesze wyciągają wniosek, że tylko głupi porządek i w rezultacie depczą wielkie zasady i są nieuczciwie. Za przykład uważa się moc, charakter i uczciwość – a to nie jest bez wpływu na losy państwa, to się musi zemścić na jego losach. Z chwilą zaistnienia organizacji, która będzie grupowała ludzi mocnych i prawych, która będzie wytwarzała atmosferę moralną, atmosferę, że tylko mocny i prawy człowiek może mieć głos decydujący, to moc i prawo staną się atrakcją, magnesem i zaczną przyciągać te wielkie rzesze słabych. A to nie jest bez wpływu na losy państwa. Nic nie szkodzi, że ci słabi będą na początku uczciwie bez przekonania. po roku przyzwyczają się do uczciwego ucięcia⁶⁹.

Zepsucie społeczne, brak kręgosłupa moralnego miał być wynikiem działania szkodliwych i wrogich sił, które to z rozmysłem starały się zniszczyć naród polski. Siłami tymi były oczywiście żywołydy i komunistyczne. To im należało przeciwdziałać w pierwszej kolejności.

Nie wolno już ani chwili dalej chodzić luzem, nie wolno już ani chwili dalej marnować energię na nieistotne i szkodliwe tarcia. Tarcia te są wywoływane wiadomie przez złe siły, które nie chcą dopuścić do wzmocnienia Polski, które dążą do zniszczenia narodu. [...] Kto postępuje przeciwnie, ten wiadomie lub nie wiadomie spełnia rolę agenta wrogich Polsce sił – i jako taki jest jednostką szkodliwą, bo rozsądza siły Polski, a tym samym wykonywał roboty wyrotów⁷⁰.

Poleski wszczepiał w swoich oświeceniach bezzasadne przekonanie, że prawe charaktery przemogą siły armii i nowoczesnej techniki. Przytomnie natomiast stawiał diagnozę – nieprzeszkadzało mu bynajmniej w szerzeniu teorii mocarstwowych – dotyczyć nie tylko sytuacji materialnej, ale i tragicznego położenia geopolitycznego Polski.

I samo ucięcie woła o stworzenie takiego ośrodka [kształcącego moralnie – A.K.], o stworzenie takiej organizacji i to czem prędzej – za pół roku będzie o tym myśleć, gdy nam Komintern przygotuje „czerwony Hiszpan” nad Wisłą. [...] Na około nas piętrzą się potężne zaborcze imperia – brunatny i czerwony. Rozdziela je zaporą – a ta zaporą to my. Zaporą ta musi być mocna, bo inaczej pęknie z hukiem pod brunatnym naporem z obydwu stron. I ta moc musi być wielka, ta moc to przede wszystkim moc duchowa. Ona, i w pierwszym rzędzie ona, może nam dać zwycięstwa. musi nam je dać. Na nic innego liczyć nie

⁶⁹ AAN, zespół 2541, sygn. 1, *oświecenie Krzyżaka*, *op. cit.*, s. 5.

⁷⁰ *Ibidem*, s. 5-6.

moemy - tylko na człowieka. Jesteśmy krajem materialnie ubogim, a więc zawsze będziemy mieli mało fizycznych środków walki, liczebnie będziemy słabsi. Na zachodniej granicy stanie przeciwko nam dwóch wrogów, a na wschodniej pięciu, a więc każdy z nas, każdy Polak musi być kilkakrotnie silniejszy od tamtych. A siła odmierza to przede wszystkim jego duch - podkreślał zawsze Marszałek Piłsudski. I na tego ducha tak mocny nacisk kładli Niemcy. Oto Hitler dał od swej młodzieży celibatu i abstynencji, oto tworzył nad naszą granicą zakony mocnych ludzi. A po całych Niemczech idzie kultura mocnego człowieka. I jak my, wychodowani w zatrutej atmosferze demoralizacji i ucięcia, przeciwstawimy się tym falangom elastycznych mocnych ludzi z tamtej strony?⁷¹

Przerwanie budziła też ocena wychowania w faszystowskich Niemczech. W ocenie mocnego człowieka stworzonego przez faszystowski, nazistowski system brzmiała wyraźna nuta uznania i dążenie do jego naśladowstwa. W maju 1939 roku „Krzysz i Miecz” cytował niemieckiego profesora z Dortmundu Ottona Grafa: „Wolałaby być silna, oparta na ustalonych zasadach, wytrzymała i wypróbowana w stałych wiczeniach, wzmacniana i szkolona”⁷². Powszechnie wiadomym już wówczas było, na czym owo „wzmacnianie i szkolenie” polegało.

W tym swoistym szaleństwie utwierdzał Poleskiego Witold Charkiewicz, konserwatysta związany ze „Słowem Wileńskim”, tam również publikujący. Na łamach „Słowa” zamieścił on między innymi relację z *Biuletynu dozbrajania moralnego*, broszury wydawanej przez Zakon.

Polska ze względu na swe wyjątkowe położenie geograficzne i wskutek tego, jest (choć o tym nie zawsze pamiętamy) nosicielką jakiejś aktualnej idei jagiellońskiej - musi odegrać wyjątkową rolę. Polska w ogólnym układzie państw Europy ma raczej bytu jedynie jako mocarstwo [pisał Charkiewicz - A.K.]. Mocarstwem staje się nie te państwa, które mają największą ilość bagnetów i dział - lecz te, które rozporządzają największą ilością mocnych duchowo, wyrobionych pod względem etycznym i zwartych ideologicznie, dzielnych obywateli. Jedną jest więc droga do mocarstwa. Uzbrojenie moralne!⁷³

Trzeba jednak nie oddać sprawiedliwość Poleskiemu, że w swojej książce wydanej w 1939 roku, zdobył się na krytyczną ocenę hitleryzmu, który go niewątpliwie rozczarował. Pisał tam również o patriotyzmie

⁷¹ *Ibidem*, s. 6.

⁷² AAN, zespół 2541, sygn. 2, „Krzysz i Miecz” czerwiec 1939, R. 2, nr 5, s. 11.

⁷³ W. Charkiewicz, *B.D.M.*, „Słowo Wileńskie” 11.05.1939, za: AAN, zespół 2541, sygn. 2, „Krzysz i Miecz” czerwiec 1939, R. 2, nr 5, s. 2; „Słowo Wileńskie” 10.05.1939; Charkiewicz w artykule *Wielkość to moc ducha* cytuje tam odmierza wypowiedzi tegoż na łamach „Przeglądu Lotniczego” z kwietnia 1939: „Dla człowieka mocnego nie ma rzeczy niemożliwych”; AAN, zespół 2541, sygn. 2, „Krzysz i Miecz” czerwiec 1939, R. 2, nr 5, s. 7.

narodu wiadczy stopie zmaterializowania jego obywateli. Natomiast stopie ten u Niemców był jego zdaniem pora aj cy. Przed zaprowadzeniem hitleryzmu wzorem dla obywatela niemieckiego był „yd i kłown filmowy Chaplin”, a system hitlerowski starał si dusz niemieck „przeora ”. Jednak e ten obiecuj cy system, poszedł zdaniem Polesi - skiego w złym kierunku, gdy nie zerwał z materializmem, a upodobnił si do komunizmu⁷⁴.

Istnienie Zakonu do szybko przedostało si do wiadomo ci publicznej. Ze wzgl du na liczne nawi zania i podobie stwa do ró nych doktryn i ugrupowa politycznych rozpocz ły si spekulacje, czyj ekspozytur mo e by Zakon, z kim ł cz go mniej b d bardziej jawne powi zania. Najpierw obóz sanacyjny wysnuł wniosek, e najprawdopodobniej to ekspozytura endecka. Kiedy nie potrafiono natrafi na bli sze wi zi personalne, miano stwierdzi , e Zakon jest pod wpływami endeckimi. nie wiadomie.

Jednak e pierwszy atak na Zakon wyszedł ze sfer narodowych. Endecka pos dziła bowiem Zakon Krzy a i Miecza, e s ni mniej, ni wi cej jak. ekspozytur re imu. S dzono, e sanacja chce w taki sposób zdoby wpływ na młodzie . 13 grudnia 1938 roku w „Polsce Zbrojnej” ukazał si artykuł *Honor i Ojczyzna*. O tym artykule organ ONR „ABC” pisał dwa dni pó niej: „W ten sposób organ kół wojskowych niedwuznacznie stwierdza swe negatywne stanowisko do Zakonu Krzy a i Miecza”⁷⁵. Publikacja głosiła, e Zakon pod wzgl dem organizacji wzoruje si na metodach (nie zasadach) maso skich, a pod wzgl dem ideologicznym - w czym miano wiele racji - przypomina teozofi . Na to jednak superior ojców jezuitów ksi dz Rostworowski⁷⁶ miał wyda o wiadczenie, e Zakon trzyma si kryształowo czystych zasad katolickich, z czego natychmiast opinia wyci gn ła wniosek, e Zakon jest ekspozytur jezuitów. Jednak e ksi dz Rostworowski przytomnie nadesłał list do „Kurieria Pozna skiego”, gdzie wyja nił, e jezuici nie sprawuj adnego patronatu nad Zakonem Krzy a i Miecza. Komisja Episkopatu stwierdziła wr cz, e Zakon Krzy a i Miecza jest organizacj wieck i e Episkopat nie mo e wzi za ni adnej odpowiedzialno ci⁷⁷. Wida , e biskupi woleli nie firmowa w tpliwej jednak doktrynalnie - i nie tylko - inicjatywy, pomimo zaanga owania ojca Józefa Marii Boche skiego czy zwi zków

⁷⁴ W. Poleski, *ołnierz polski a ołnierz niemiecki. Analiza warto ci wojennych*, Warszawa 1929, s. 36-38.

⁷⁵ AAN, zesół 2541, sygn. 2, „Krzy i Miecz” stycze 1939, R. 2, nr 1, s. 2-3, artykuł *B dzie jak Bóg chce*.

⁷⁶ ró dła nie wskazuj dokładnie, o jak posta chodzi.

⁷⁷ *Ibidem*.

Zakonu ze słynnym zakładem dla ociemniałych prowadzonym przez siostry zakonne w Laskach pod Warszaw , gdzie „rycerze” ołnierze, ale także sympatycy, odbywali rekolekcje dla młodych⁷⁸.

Wrogo do Zakonu ustosunkowały się te władze rządowe i wojskowe, które rozpoczęły rządy i w maju 1938 roku zakazały Zakonowi dalszej działalności. Numery „Krzyż i Miecz” datowane kolejno w 1939 roku mówią same za siebie, czy Zakon zastosował się do tego nakazu. Kilka lat temu Zakon reaktywował się .

⁷⁸ AAN, zespół 2541, sygn. 2, „Krzyż i Miecz” kwiecień-maj 1939, R. 2, nr 4, s. 12.

Sebastian Koczur

Sprawiedliwość w prawie pracy

Pojęcie sprawiedliwości w prawie

„Jak prawda w systemach wiedzy, tak sprawiedliwość jest pierwszą cnotą społecznych instytucji. Prawa i społeczne instytucje, nieważne jak skuteczne i dobrze zorganizowane, muszą zostać zniesione lub zreformowane, jeżeli są niesprawiedliwe”¹ - tak John Rawls opisywał sprawiedliwość, nadając jej niezwykle doniosłe znaczenie w życiu społecznym.

Sprawiedliwość jest pojęciem immanentnie związanym z prawem, aczkolwiek jest ono chyba najbardziej niedookreślonym, a może na bywało wręcz rzec niedefiniowalnym pojęciem. Wskąd jednak z koncepcji filozoficzno-prawnych podejmowane były rozważania o kwestii rozumienia sprawiedliwości i przełożenia sprawiedliwości na system prawny, rozumiany jako system norm prawnych. Wypracowane przez wieki w filozofii prawa i filozofii społecznej ujęcia idei sprawiedliwości mają dalsze przełożenie na konkretne zapisy prawne dotyczące sprawiedliwości w poszczególnych gałęziach prawa². Potrzeba sprawiedliwości, choć może niekoniecznie jej czynienia, jest tak głęboka, że naruszenie tej zasady traktowane jest jako krzywda sprawiająca szczególnie bolesne dolegli-

¹ J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 2009, s. 30.

² P. Wróbel, *Postulat sprawiedliwości społecznej a idea sprawiedliwości*, „Studia Sociologia Cracoviensia” 2013, nr 1 (8), s. 144.

wo . Jednak e intensywno oczekiwania i po dania sprawiedliwoci mo na porówna ze stopniem niejasności i chwiejności, jaki towarzyszy jej różnorodnemu zrozumieniu³.

Zważywszy na przedmiot niniejszego opracowania, oczywiście nie s tu przedstawianie poszczególne teorie sprawiedliwości, gdy byłyby to rozważania daleko wykraczające poza merytoryczne ramy artykułu. Istotne w niniejszym kontekście jest wskazanie na sprawiedliwość jako na narzędzie służące rozstrzyganiu konfliktów wartości. Jak wynika z istniejących definicji i aksjologicznego pojmowania sprawiedliwości, jej istnienie jest emanacją potrzeby ochrony określonych wartości⁴. Jako ogólna teoria wartości lub nauka o wartościach zajmuje się ona analizą natury wartości (tego, co cenne, dobre), a więc zagadnieniem i pytaniem, czym jest wartość, jaki jest jej charakter, dociekaniem źródeł i mechanizmów powstawania wartości, a także podstawami i kryteriami wartościowania i samym wartościowaniem jako operacją myślową. Ta ogólna nauka w w szym znaczeniu przeradza się w szczegółów teorii wartości, wchodząc w skład poszczególnych dyscyplin naukowych, także w skład prawa i poszczególnych jego dziedzin. Dlatego bardzo ważne dla rozwoju nauk prawnych wydaje się poszukiwanie i analizowanie wartości, jakie stanowi podłoże dla obowiązywania prawa i dla aktów jego stosowania⁵. Jak zauważył Harry Brighouse, stwierdzenie istnienia konfliktu dwóch wartości, a nawet tego, że jedna z nich jest ważniejsza od innych, nie wystarcza by dowiedzieć się, że wartość mniej istotna pozbawiona jest wszelkiej doniosłości na płaszczyźnie sprawiedliwości. Zadaniem teorii sprawiedliwości jest przyznanie względnej wartości różnym wartościom w celu ich wyważenia i zdecydowania, która z nich w danej sytuacji powinna przeważać oraz w jaki sposób winno się to dokonać⁶. Jak wskazywał Chaim Perelman, życie społeczne jest ciągłym huciskiem między sprawiedliwością a prawem. Musimy odwoływać się do prawa, kiedy wydane prawo czy przepis nie uwzględnia cech istotnych, do których przywiązuje znaczenie szerokie warstwy ludności⁷.

³ S.J. Karolak, *Sprawiedliwość, sens prawa*, Kraków 2015, s. 7.

⁴ Zob. P. Sztompka, *Konstytucyjna zasada sprawiedliwości społecznej*, [w:] *Podstawowe założenia Konstytucji RP*, Warszawa 2010, s. 63-71; *idem*, *Sprawiedliwość społeczna*, „Zeszyty Długoszowe” 2010, nr 9, s. 30-39; *idem*, *Sprawiedliwość*, [w:] *Fundamenty dobrego społeczeństwa*, red. M. Bogunia-Borowska, Kraków 2015, s. 232-250.

⁵ *Wartości w prawie administracyjnym*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2015, s. 11.

⁶ H. Brighouse, *Sprawiedliwość*, Warszawa 2007, s. 15.

⁷ R. Tokarczyk, *Przykazania etyki prawniczej. Księga myśli, norm i rycin*, Warszawa 2009, s. 208.

To właśnie takie rozumienie sprawiedliwości jest relewantne dla stwierdzenia, czy prawo pracy jest sprawiedliwe, czyli czy *de facto* udziela należącego prymatu określonym wartościom w określonych sytuacjach.

Konstytucyjne rozumienie sprawiedliwości

Aby podjąć rozważania na temat sprawiedliwego prawa pracy, należy wcześniej odwołać się do rozumienia sprawiedliwości wskazanej w Konstytucji RP⁸. Zgodnie bowiem z jej art. 2 Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej. W rozumieniu encyklopedycznym sprawiedliwość społeczna może być pojmowana jako cecha ustroju politycznego i porządku prawnego, charakteryzująca się zobiektywizowanymi i jednakowymi dla wszystkich obywateli i grup społecznych kryteriami oceny praw i obowiązków, zasług i win, wymaganiem bezstronności w funkcjonowaniu organów państwowych, administracyjnych, sądowych, prokuratorskich i służb porządkowych. Może też być rozumiana jako cecha stosunków społecznych i wówczas oznacza sposób traktowania określonych grup oraz jednostek ze względu na ich przynależność do takich czy innych klas, warstw, narodów, wspólnot religijnych, ras, płci itp.⁹

Jak wskazuje Ryszard Piotrowski, zasada sprawiedliwości społecznej, wyrażona w art. 2 Konstytucji, jest – w ujęciu najnowszego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego – najczęściej łączona z zasadą równości jako jednym z wyznaczników dopuszczalności różnicowania sytuacji podmiotów podobnych. Trybunał stwierdził również, że

te zasady sprawiedliwości jest jednak bogatsza niż zasady równości. Z jednej bowiem strony wyznacza ona obowiązki o charakterze formalnym, nakazując równe traktowanie podmiotów równych oraz zakazując równego traktowania podmiotów nierównych, z drugiej zaś wyznacza obowiązki o charakterze materialnym, polegające na nakazie ochrony i realizacji szeregu wartości konstytucyjnych, w tym solidarności społecznej i bezpieczeństwa socjalnego.

Zdaniem Trybunału „można więc powiedzieć, że zastosowanie zasady sprawiedliwości społecznej może prowadzić do korekty zasady równości”. Zasada sprawiedliwości społecznej w rozumieniu orzecznictwa konstytucyjnego polskiego zawiera w sobie formułę rozdzielnicy – ka-

⁸ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm).

⁹ *Sprawiedliwość społeczna*, [w:] *Encyklopedia PWN*, wydanie elektroniczne za: www.encyklopedia.pwn.pl [stan na: 3.10.2017].

demu według jego potrzeb, w rozumieniu potrzeb podstawowych, i formuł należy stosować przede wszystkim do osób, których minimum socjalne na skutek utraty pracy jako źródła dochodu jest zagrożone. Trybunał Konstytucyjny uznał zarazem, że „zasada sprawiedliwości ze względu na jej ogólny i prawnie zasadniczo niezdefiniowany charakter nie określa jednak formy prawnej realizacji wspomnianej formuły sprawiedliwości w odniesieniu do kategorii bezrobotnych”¹⁰.

Słusznie zatem stwierdza Kazimierz Strzyczkowski, iż rozważania powołane zasadzie państwa sprawiedliwości społecznej w literaturze polskiej zdominował kontekst socjalny¹¹. Według Trybunału pojęcie sprawiedliwości społecznej nie ma jednorodnego charakteru. Liczba mnoga zasad sprawiedliwości społecznej dodatkowo komplikuje ucielenie tego pojęcia i jest źródłem dyskusji w doktrynie. Trybunał nie wypracował szczególnego orzecznictwa w tej dziedzinie, tym bardziej że według niego „wykładnia ogólnego nakazu urzeczywistniania zasad sprawiedliwości społecznej musi uwzględniać treść szczegółowych norm konstytucyjnych”¹². Leszek Garlicki wskazuje, iż zasada państwa sprawiedliwego, chronologicznie pierwsza i najnowsza, koryguje w sobie, formalistyczny legalizm państwa prawnego, ujawniając zarazem istot i cel tego państwa. Podobnie jak w przypadku demokracji postulat sprawiedliwości odnosi się zarówno do treści tworzonego prawa, jak i jego rozumienia i stosowania w praktyce. Tu także następuje oddziaływanie zwrotne – nie tylko sprawiedliwość na państwo prawne, ale i państwo prawne na sprawiedliwość, a to w postaci rygorystycznego wymogu urzeczywistniania zasad sprawiedliwości w prawie, przez prawo i na drodze prawnej. Dodajmy, że legitymizująca władzę państwa modelowa umowa społeczna wymaga, by państwo, rzadząc tylko za pomocą instrumentów prawnych i na podstawie prawa, zapewniało minimalny poziom sprawiedliwości w strukturach społecznych¹³.

Zważywszy jednak na praktyczny wymiar gwarancji wyrażonej w art. 2 Konstytucji, wskazać należy, iż sady mogą stosować tylko te przepisy Konstytucji, które są bezpośrednio stosowne. Do grupy ta-

¹⁰ R. Piotrowski, *Sprawiedliwość społeczna a Konstytucja* [wywiad], dostępne na: www.przegląd-socjalistyczny.pl [stan na: 3.10.2017].

¹¹ K. Strzyczkowski, *Zasada państwa sprawiedliwości społecznej jako zasada publicznego prawa gospodarczego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2007, nr 4, s. 11.

¹² K. Complak, *Komentarz do art. 2, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. M. Haczowska, Warszawa 2014, s. 16.

¹³ *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, wydanie elektroniczne LEX/el.

kich przepisów nie należy natomiast art. 2 Konstytucji, gdy jest on sformułowany w sposób ogólny, a co za tym idzie niewystarczający do skonstruowania normy mogącej służyć za podstaw rozstrzygnięcia sprawy sądowej¹⁴.

Sprawiedliwość a sprawiedliwość społeczna

Jak wynika z analizy rozumienia pojęcia sprawiedliwości ukształtowanego w Konstytucji sprawiedliwość społeczna nie stanowi pewnego podtypu ogólnego pojęcia sprawiedliwości, a jest *de facto* pewną szczególną formą sprawiedliwości, nastawioną na socjalny wymiar ochrony beneficjentów tej samej sprawiedliwości. Sprawiedliwość, rozumiana jako gwarant uprzywilejowania w konkretnych okolicznościach wybranych wartości, przy sprawiedliwości społecznej staje się sprawiedliwością kształtowaną w wymiarze aspektu socjalnego.

Jak wskazuje judykatura, pewne zróżnicowanie podmiotów posiadających nawet te same cechy jest dopuszczalne na gruncie zasady równości, jeżeli jest to zgodne z zasadą sprawiedliwości społecznej, a także z innymi zasadami konstytucyjnymi. Korygujący charakter reguły wyrażonej w art. 2 Konstytucji polega na tym, że może ona uzasadniać odstąpienie od wyrażonej w jej art. 32 zasady równego traktowania¹⁵. Samo zróżnicowanie uprawnień do pomocy państwa w zależności od wysokości uzyskiwanego dochodu pozostaje w zgodzie z zasadą sprawiedliwości społecznej oraz równości (art. 2 i 32 ust. 1 Konstytucji). Istota zasady sprawiedliwości społecznej nie polega na subiektywnym poczuciu sprawiedliwości, albowiem w przypadku tej normy chodzi o wyrażenie sprawiedliwości jako kategorii społecznej¹⁶. Z kolei Wojciech Orłowski, dostrzegając aspekt moralny w koncepcji demokratycznego państwa prawnego, wskazuje, że „demokratyczne państwo prawne to takie, w którym prawo odzwierciedla akceptowany społecznie system wartości, oparty na prawie naturalnym i standardach praw międzynarodowych”¹⁷.

Dodatkowo można wskazać, że w wymiarze prawa pracy pojęcie sprawiedliwości społecznej jest wzmacniane normą art. 24 Konstytu-

¹⁴ Wyrok SA w Gdańsku z dnia 30 stycznia 2015 r., III AUa 1268/14, LEX nr 1667531.

¹⁵ Wyrok NSA z dnia 23 października 2012 r., I FSK 2145/11, LEX nr 1233068.

¹⁶ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 23 stycznia 2017 r., I SA/Wa 1838/16, LEX nr 2231526.

¹⁷ W. Orłowski [w:] *Polskie prawo konstytucyjne*, red. W. Skrzydło, Lublin 2004, s. 110.

cji, stanowi c , i praca znajduje si pod ochron Rzeczypospolitej Polskiej. Według Wiesława Skrzydło praca stanowi podstaw gospodarki jako dobro, do którego Konstytucja nawi zuje w szerokim zakresie¹⁸. Jak wskazuj Leszek Garlicki i Marek Zubik, zasad ochrony pracy trzeba postrzega w kontek cie innych, ogólniejszych zasad ustrojowych, w szczególno ci nakazu urzeczywistniania przez pa stwo zasad sprawiedliwoci społecznej. Sprawiedliwo ta wymaga m.in., by stronie słabszej - a tak jest generalnie pracownik w stosunkach pracy - została zapewniona dodatkowa ochrona prawna, wyrównuj ca niekorzystne skutki przewagi ekonomicznej pracodawcy, w celu przywrócenia równowagi mi dzy interesami pracowników i pracodawców¹⁹.

Emanacja sprawiedliwoci społecznej w prawie pracy

Nie ulega w tpliwo ci, i przy przyj ciu społecznego pojmowania sprawiedliwoci prawo pracy w pełni realizuje ide tej e sprawiedliwoci. Stanowi bowiem gał prawa nastawion na ochron słabszej ekonomicznie strony stosunku pracy. Jak wskazuje chocia by judykatura, w stosunkach pracy wyzyskowi pracownika przeciwdziałaj ochronne normy prawa pracy, które prowadz do niewa no ci postanowie umowy o prac mniej korzystnych dla pracownika ni przepisy prawa pracy²⁰. Przepisy prawa pracy, w tym zwłaszcza art. 18 k.p.²¹ wyznacza w sposób ogólny granice autonomii woli stron stosunku pracy i formułuje wprost reguł , e postanowienia umów o prac nie mog by mniej korzystne dla pracownika ni przepisy prawa pracy²². W doktrynie przedmiotu wskazuje si , i zasada uprzywilejowania pracownika ma ju wieloletni tradycj . W nowym uwarunkowaniu społeczno-gospodarczym i zmienionych zasadach ustrojowych odgrywa to znacz c i pozytywn rol . Umacnia i rozwija autonomi woli stron stosunku pracy w kształtowaniu postanowie umownych, nie trac c równocze nie z pola widzenia funkcji ochronnej prawa pracy. Strony stosunku pracy mog bowiem wprowadza do umowy o prac (i innych aktów kreuj cych stosunek

¹⁸ W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 38.

¹⁹ L. Garlicki, M. Zubik, *Komentarz do art. 24, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz.*, red. L. Garlicki, M. Zubik, *op. cit.*, wydanie elektroniczne LEX/el.

²⁰ Wyrok SN z dnia 24 listopada 2004 r., I PK 6/2004, OSNP 2005, nr 14, poz. 208.

²¹ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz.U. z 1974 r. Nr 24, poz. 141 ze zm.).

²² Wyrok SN z dnia 5 lipca 2005 r., I PK 276/2004, „Wokanda” 2006, nr 2, s. 23.

pracy) tylko postanowienia korzystniejsze niż wynikające z przepisów prawa pracy, nie mogą natomiast zawierać umów mniej korzystnych. W literaturze przedmiotu tej ogólnej dyrektywie przypisuje się charakter normy semiimperatywnej. Podkreśla się też, że zasada zawarta w art. 18 k.p. stanowi ogólną kompetencję, pozwalającą stronom stosunku pracy na swobodne kształtowanie treści stosunku pracy, jak i dyrektyw interpretacyjnych, wedle której przyjmuje się, że wszystkie postanowienia umowne nie naruszają prawa pracy z wyjątkiem postanowień mniej korzystnych dla pracownika²³.

W doktrynie prawa pracy wskazuje się, iż właściwie art. 18 k.p. stanowi jeden z podstawowych przepisów kodeksu, wyrażający jego funkcję polegającą na ochronie praw i interesów pracownika. Rozstrzyga on sytuację, w której występuje sprzeczność między przepisami prawa pracy a postanowieniami umów o pracę i innych aktów, na podstawie których powstaje stosunek pracy. Kryterium rozstrzygnięcia tej sprzeczności jest zasada uprzywilejowania pracownika. Postanowienia korzystniejsze dla pracownika niż przepisy prawa pracy są ważne. Jeżeli są one mniej korzystne, automatycznie zastępują przepisy prawa pracy. Przepisy te określone są jako jednostronnie bezwzględnie obowiązujące²⁴. Sąd Najwyższy zwraca uwagę, iż istotą regulacji prawa pracy, w tym zwłaszcza zawartych w art. 18 § 1 i 2 k.p., jest zagwarantowanie nienaruszania umów o pracę standardów wynikających z przepisów prawa pracy, przy równoczesnej swobodzie stron w kształtowaniu w umowie warunków zatrudnienia w sposób korzystniejszych dla pracownika. W konsekwencji normy prawne konstruowane z przepisów prawa pracy mają, co do zasady, charakter jednostronnie bezwzględnie obowiązujący, czyli dopuszczają odstąpienia jedynie na korzyść pracowników. Korzystniejsze postanowienia umowne mogą wprowadzać do stosunku pracy uprawnienia pracownicze w rozmiarach większych niż przewidziane przepisami prawa pracy, ale nie mogą ustanawiać prawa do świadczeń nieprzewidzianych tymi przepisami²⁵. Biorąc pod uwagę ochronny wymiar prawa pracy, siłą rzeczy realizuje ono idea sprawiedliwości społecznej, gwarantując prawe, sprawiedliwe traktowanie słabszej ekonomicznie strony stosunku pracy.

²³ U. Jackowiak, *Komentarz do art. 18*, [w:] *Kodeks pracy z komentarzem*, red. idem, M. Piankowski, J. Stelina, W. Uziak, A. Wypych-ywicka, M. Zieleniecki, Gdynia 2004, wydanie elektroniczne LEX/el.

²⁴ K. Jakowski, *Komentarz do art. 18*, [w:] K. Jakowski, E. Maniewska, *Komentarz aktualizowany do Kodeksu pracy*, LEX/el. 2017, wydanie elektroniczne LEX/el.

²⁵ Wyrok SN z dnia 5 października 2016 r., II PK 205/15, LEX nr 2165563.

Funkcja ochronna prawa pracy wykładnikiem realizacji sprawiedliwości społecznej

Pytanie o sprawiedliwość jako tak w prawie pracy należy postawić w kontekście obowiązywania i realizacji w tej gałęzi prawa jej funkcji ochronnej. Jest ona bowiem naczelnym pojęciem prawa pracy, wyrażającym sens istnienia prawa pracy jako odrębnej gałęzi prawa. Doktryna prawa pracy w wielu aspektach posługuje się pojęciem funkcji ochronnej prawa pracy. Czyni powyższe zwłaszcza dla wykazania uzasadnienia istnienia i charakteru prawnego poszczególnych instytucji prawa pracy. Oczywiście nie sposób zarzucić niepoprawności dla takiego postrzegania istoty funkcji i jej miejsca w systemie prawa pracy, albowiem w ewidentny sposób wiele regulacji prawa pracy stanowi *de facto* emanację funkcji ochronnej. Należy jednak przelecieć, w jaki sposób doktryna prawa pracy definiuje funkcję ochronną.

Analizując literaturę przedmiotu, wyróżnić można trzy techniki definiowania funkcji ochronnej:

- zdefiniowanie funkcji ochronnej w kontekście potrzeby ochrony pracownika;
- zdefiniowanie funkcji ochronnej przez pryzmat charakteru norm prawa pracy;
- zdefiniowanie funkcji ochronnej przy pomocy egzemplifikacji instytucji prawnych ją realizujących.

Jedną z przyjmowanych przez doktrynę prawa pracy metod definiowania funkcji ochronnej jest wskazanie na potrzebę, jak przedmiotowa funkcja ma do zrealizowania. Jak stwierdza Ludwik Florek, prawo pracy powstało w związku z koniecznością zapewnienia ludziom podejmującym pracę najemnej ochrony przed wyzyskiem, którego źródłem była nieograniczona wolność umów prawa prywatnego (cywilnego). Dlatego te zasadnicze jego cechy jest ochrona pracownika jako słabszej strony stosunku pracy. W prawie polskim nosi ona nazwę funkcji ochronnej prawa pracy²⁶.

Czysto przyjmowaną w literaturze przedmiotu metodę opisu funkcji ochronnej jest odwołanie się do normatywnego aspektu tej funkcji przez wskazanie sposobu konstruowania norm prawa pracy z jej uwzględnieniem²⁷. Na powyższy aspekt uzasadniający istnienie funkcji

²⁶ L. Florek, *Prawo pracy*, Warszawa 2015, s. 8.

²⁷ Zob. G. Goździewicz, *Moc władzy norm prawa pracy*, „Studia Prawnicze” 1977, nr 2, s. 77-100; *idem*, *Szczególne właściwości norm prawa pracy*, Toruń 1988; L. Kaczyński, *Zasada uprzywilejowania pracownika w świetle kodeksu pracy*, „Państwo

ochronnej prawa pracy wskazuje Andrzej Wiłkowski, stwierdzając, iż funkcja ta wyraża się w ustanowieniu minimalnych standardów uprawnień pracowniczych, od których strony stosunku pracy mogą dokonywać odstępstw wyłącznie na korzyść pracowników. Ochronny charakter norm prawa pracy wyraża przepis art. 18 § 1 k.p.²⁸

Wreszcie funkcję ochronną próbuje się także zdefiniować indukcyjnie przez wymienianie różnych przypadków działania funkcji ochronnej dla uzyskania ogólnego opisu znaczenia funkcji ochronnej. Ludwik Florek stwierdza, iż w aspekcie materialnym przejawem tej funkcji jest narastanie przepisów, które ograniczają obowiązki pracownicze, czego przykładem są zwłaszcza przepisy o czasie pracy. Prawo pracy poszerza te uprawnienia pracownicze, co dotyczy zwłaszcza ochrony życia i zdrowia, prawa do wynagrodzenia, urlopu wypoczynkowego i zwolnienia od pracy czy ochrony macierzyństwa. Przejawem funkcji ochronnej jest również zapewnienie trwałości stosunku pracy²⁹.

W konsekwencji *de lege lata* doktryna stwierdza, iż zasadniczą funkcją prawa pracy jest funkcja ochronna. Ona bowiem stała u podstaw wyodrębniania się prawa pracy z prawa cywilnego i nadal wyraża jego zasadnicze zadania. Funkcja ochronna prawa pracy wynika z treści wielu norm tego prawa, które wprost nastawione są na ochronę pracownika³⁰. Funkcja ochronna prawa pracy była od samego początku cechą charakterystyczną tej gałęzi prawa oraz podstawą wszelkich norm prawnych, które obecnie wchodzi w zakres przedmiotowy prawa pracy. Normy prawne regulujące stosunek pracy mają, co do zasady, wyrównać nierówną pozycję stron tego stosunku, bowiem, jak przyjmuje się powszechnie w literaturze polskiej i obcej, pracownik pozostaje słabszą stroną stosunku pracy³¹.

i Prawo” 1984, nr 8, s. 60-61; A. Małanowski, *Moc i sfera norm prawa pracy*, „Państwo i Prawo” 1985, nr 4, s. 54-63; E. Modliński, *Z problematyki bezwzględnie obowiązujących przepisów Kodeksu pracy*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1974, nr 11, s. 36 i nast.; A. Wiłkowski, *Charakter norm prawa pracy*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1988, t. 21.

²⁸ A.M. Wiłkowski, *Polskie prawo pracy*, Warszawa 2010, s. 31.

²⁹ L. Florek, *Prawo pracy...*, *op. cit.*, s. 8.

³⁰ M. Gersdorf, K. Rączka, *Prawo pracy w pytaniach i odpowiedziach*, Warszawa 2009.

³¹ A. Rycak, *Powszechna ochrona trwałości stosunku pracy*, Warszawa-Kraków 2013.

Funkcja ochronna jako gwarant zadania uczynienia sprawiedliwości

Biorąc pod uwagę przedstawione powyżej systemowe założenia prawa pracy oraz aktualne pojmowanie funkcji ochronnej, powstaje pytanie, czy istnienie funkcji ochronnej prawa pracy stoi w opozycji do sprawiedliwego pojmowania prawa pracy z racji wspierania *ex definitione* słabszej ekonomicznie strony stosunku pracy, jak jest pracownik, i czy dwa powyższe aspekty (czyste rozumienie sprawiedliwości i potrzeb ochrony pracownika) w pojmowaniu funkcji ochronnej mogą na siebie pogodzić. W mojej ocenie aprioryczne ustalenie aksjologicznych granic funkcji ochronnej pozwoli na stwierdzenie, czy prawo pracy, realizując funkcję ochronną, jest sprawiedliwe, tzn. czy jest katalizatorem przyznawania prymatu określonym wartościom w określonych stanach faktycznych, bez przyjmowania apriorycznej nadrzędności ochronie interesów pracownika.

Celem dokonania takiego ustalenia można odwołać się do koncepcji normy podstawowej. Powyższe pojęcie normy podstawowej znajduje swoje miejsce w teorii Hansa Kelsena, który dokonuje rozdziału bytu (*sein*) i powinno ci (*sollen*). Według koncepcji Kelsena budowa prawa ma strukturę hierarchiczną, na której na szczycie jest norma podstawowa (*Grundnorm*), będąca wyznacznikiem merytorycznej zawartości pozostałych norm. Norma podstawowa stanowi także uzasadnienie dla kreowania pozostałych norm w systemie prawa. Oczywiście powyższa koncepcja nie definiuje normy podstawowej jako konkretnego treściowego przepisu, ale raczej jako swoisty ontologiczny fenomen, mający aksjologicznie uzasadniać istnienie całej struktury normatywnej.

Przy przyjęciu powyższego założenia jako normy podstawowej należałoby traktować właściwie funkcję ochronną jako taką, a przy należytym jej wykładni mogłyby się sprawiedliwemu tworzeniu i interpretowaniu pozostałych przepisów prawa pracy.

Aby prawo pracy realizowało idee sprawiedliwości, generalnie należałoby stwierdzić, iż zastosowanie funkcji ochronnej winno emanować wyłącznie w tych obszarach prawa pracy, w których zachodzi potrzeba sprawiedliwego traktowania pracownika. Powyższe założenie wymaga oceny funkcji ochronnej w odwołaniu się do określonej spójnej koncepcji sprawiedliwości. *A priori* nie można bowiem stwierdzić, czy aktualne pojmowanie funkcji ochronnej odwołuje się do jakiegokolwiek koncepcji sprawiedliwości, co determinuje niemożność doszukania się granic regulacyjnych funkcji ochronnej. Sformułowanie funkcji ochronnej na bazie wzmiankowanej koncepcji sprawiedliwości pozwoli na określenie

relacji funkcji ochronnej do potrzeby regulacji w sposób szczególny zasad odpowiedzialności materialnej pracownika³².

Przy przyjęciu powyższego założenia należałoby zaniechać występującej w tej tendencji swoistej nadinterpretacji możliwości zastosowania funkcji ochronnej prawa pracy przez postrzeganie każdej instytucji prawa pracy przez pryzmat funkcji ochronnej, niezależnie od roli, jaką ma do wypełnienia w normowaniu stosunku pracy. Na powyższy aspekt zwrócił także uwagę Sąd Najwyższy, wskazując, iż zasada uprzywilejowania nie znaczy jednak rozstrzygania wszelkich wątpliwości na korzyść pracownika. Znaczący jedynie zakaz pogarszania sytuacji pracownika w relacji do minimalnego poziomu ochrony należącego mu z mocy przepisów prawa pracy. W takim zakresie ogranicza autonomię woli podmiotów stosunku pracy³³. Sąd Najwyższy zwraca także uwagę, iż zasada uprzywilejowania pracownika z art. 18 k.p. nie może być pojmowana w sposób uproszczony, prowadzący do tego, że każde ponadstandardowe przywileje pracownika należałoby w jej obliczu uznać za obowiązujące³⁴.

Co więcej w doktrynie prawa pracy zwraca się już coraz częściej uwagę na potrzebę zredefiniowania pojmowania funkcji ochronnej, tak aby mogła ona przystawać do aktualnych stosunków społecznych i gospodarczych. Jak zauważa Artur Rycak, spojrzenie na funkcję ochronną przepisów prawa pracy zależy w dużej mierze od akceptowanego w danej społecznie modeli stosunków społecznych oraz roli państwa, które za pomocą norm prawnych w ten czy inny sposób ogranicza zasad swobody umów w prawie prywatnym³⁵. W kontekście rozwoju cywilizacyjnego Marta Madej-Kaleta wskazuje, iż rozwój technologiczny wymusza rewizję utrwalonych rozwiązań stosowanych w różnych dziedzinach. Jedną z dziedzin, w której wpływ nowoczesnych technologii jest szczególnie widoczny, stanowi prawo pracy. Rozwój technologiczny legł bowiem u podstaw powstania pierwszych unormowań ustawodawstwa fabrycznego, a następnie sukcesywnie wpływał na uelastycznienie przepisów prawa pracy w związku z potrzebą godzenia ochrony pracowników i interesów gospodarczych pracodawców. Dalszy rozwój technologiczny będzie miał wpływ na dalszą modyfikację struktury zatrudnienia oraz regulacji prawnej ochrony osób wykonujących pracę. Poziom uprawnień pracowników nie ma bowiem charakteru bezwzględny, lecz jest wy-

³² Zob. szerzej: S. Koczur, *Aksjologia odpowiedzialności materialnej pracownika*, Warszawa 2016.

³³ Wyrok SN z dnia 18 czerwca 1998 r., I PKN 191/98, OSNP 1999, nr 14, poz. 449.

³⁴ Wyrok SN z dnia 4 kwietnia 2012 r., III PK 85/11, LEX nr 1224685.

³⁵ A. Rycak, *Powszechna ochrona...*, *op. cit.*

nikiem ewoluowania prawa pracy wskutek rozmaitych uwarunkowań zewnętrznych. W każdym jednak przypadku nieprzekraczalną granicą uelastycznienia przepisów prawa pracy jest konieczność zapewnienia pracownikom takich warunków zatrudnienia, które nie będą stwarzały zagrożenia dla ich życia i zdrowia. W powyższym wyraża się bowiem niezmiennie podstawowa funkcja ochronna prawa pracy³⁶.

W wymiarze proceduralnym na istotę funkcji ochronnej jako równoważnika interesów stron wskazuje Małgorzata Mądrala. W sposób niezwykle trafny wskazuje na mechanizm działania funkcji ochronnej w postępowaniu w sprawach z zakresu prawa pracy jako właśnie na mechanizm równoważący interesy stron. Autorka stwierdza, iż analiza, czy obecne przepisy o dowodu postępowania cywilnego spełniają funkcję ochronną prawa pracy, wymaga będzie zawsze dokonania pewnych ocen wartościujących, w szczególności określenia pewnego wspólnego systemu wartości, które rzetelny proces powinien uwzględniać. Wartości te można wywodzić z dorobku doktryny w zakresie pojmowania celów funkcji ochronnej prawa pracy, celów postępowania cywilnego czy zasad naczelnych tego postępowania. Za idealny stan uznaj taki stopień funkcji ochronnej, który pozwala w efekcie na realizację zasady równouprawnienia (równości) stron procesowych w sprawach z zakresu prawa pracy. Funkcja ochronna postępowania w sprawach z zakresu prawa pracy ma zapewnić przeprowadzenie procesu rzetelnego, sprawiedliwego. Przyjmijmy za punkt odniesienia wobec funkcji ochronnej zasady równości (równouprawnienia) stron procesowych pozwala na ocenę, czy dane rozwinięcie jest zgodne czy też nie jest zgodne z istniejącym porządkiem prawnym³⁷.

Podmiotowa równowaga stron gwarantem sprawiedliwości

Rozważając ontologiczną istotę sprawiedliwości w prawie pracy, nie sposób powyższego zagadnienia oderwać od aspektu podmiotowego, tj. stron stosunku pracy. Zależnie bowiem od realizowanego przez prawo pracy modelu sprawiedliwości odmiennie będzie się kształtowała pozycja stron stosunku pracy. I to pozycja rozumiana dwojako - na potrzeby niniejszego opracowania określimy ją jako pozycję wewnętrzną i zewnętrzną.

³⁶ M. Madej-Kaleta, *Nowoczesne technologie w gospodarce a ochrona pracowników w prawie pracy*, [w:] *Prawo pracy. Między gospodarką a ochroną pracy. Księga jubileuszowa Profesora Ludwika Florka*, red. M. Latos-Miłkowska, Ł. Pisarczyk, Warszawa 2016, s. 252 i nast.

³⁷ M. Mądrala, *Funkcja ochronna cywilnego postępowania o dowodu w sprawach z zakresu prawa pracy*, Warszawa 2011.

Pozycja wewnętrzna to układ wzajemnych relacji, jaki występuje pomiędzy pracodawcą a pracownikami, rozumianymi jako kolektyw. Natomiast relacja zewnętrzna to pozycja prawna pracodawcy w stosunku do innych (zewnętrznych) uczestników życia gospodarczego, zdominowana przez wewnętrzny porządek sprawiedliwości.

Nie ulega wątpliwości, iż prawo pracy generuje w wewnętrzne relacje pracodawcy i pracowników, dając najpełniejszy wyraz funkcji ochronnej właśnie w ustaleniu wzajemnej podmiotowej relacji. Ta właśnie relacja wewnętrzna znalazła swój wyraz w przepisach kodeksu pracy, który już w art. 1 określa prawa i obowiązki pracowników i pracodawców. Określony w tym przepisie zakres przedmiotowy kodeksu pracy sformułowano w sposób, który akcentuje zobowiązaniowy charakter i wzajemność praw i obowiązków stron stosunku pracy³⁸. W rozumieniu kodeksu pracy praca jest to działalność człowieka polegająca na zarobkowym wykonywaniu na rzecz innej osoby czynności mających wartość materialną lub niematerialną w sposób powtarzalny, z reguły w warunkach tzw. podporządkowania, tj. pod kierownictwem podmiotu organizującego proces pracy - pracodawcy w rozumieniu art. 3 k.p.³⁹

Prawo pracy, kształtując wewnętrzne relacje pomiędzy pracownikiem i pracodawcą, czyni to z uwzględnieniem wskazanych powyżej dyrektyw sprawiedliwości społecznej, czyniąc beneficjentem instytucji prawnych pracownika. Jednocześnie prawo pracy nie dostrzega swojego oddziaływania w zewnętrznych relacjach pracodawcy. Wskazano bowiem należyte i ochronne traktowanie pracowników, które wypełnia warunki sprawiedliwości społecznej, wpływa także na zniekształcenie sprawiedliwości pomiędzy samymi przedsiębiorcami, doprowadzając tym samym do zachwiania równości przedsiębiorców. Powyższe jest rezultatem ponoszenia przez tych przedsiębiorców, którzy jednocześnie mają status pracodawcy, większych ciarów (i to nie tylko w wymiarze ekonomicznym), wynikających z realizacji jako podmiotu zatrudniającego powinno ci funkcji ochronnej w relacji do przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą z wykorzystaniem pracy najemnej opartej na relacjach cywilnoprawnych. Patrz na powyższe z perspektywy konstytucyjnej, należałoby nawet (może trochę prowokacyjnie) rozważyć, czy nie dochodzi do naruszenia konstytucyjnych gwarancji wolności gospodarczej i równości. Jak bowiem wskazuje literatura przedmiotu, w doktrynie ujmuje się zasadę równości przedsiębiorców, odnosząc ją do różnego rodzaju aktywności wykonywanej w ramach prowadzonej

³⁸ W. Sanetra, *Komentarz do art. 1*, [w:] J. Iwulski, W. Sanetra, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 16.

³⁹ Wyrok NSA z dnia 22 stycznia 2010 r., II OSK 1834/09, LEX nr 579719.

działalności gospodarczej. Zgodnie z tym podejściem zasada równości przedsiabiorców wyraża się w szczególności jako:

- równość dostępu do rynku, bez jakiegokolwiek dyskryminacji podmiotów;
- równość obciążeń przedsiabiorców, wyrażająca się w identyczności zasad obliczania i ciążenia należności z określonych tytułów oraz nakładania określonych obowiązków;
- równość odpowiedzialności wyrażająca się w stosowaniu „jednakowych reguł gry” wobec podmiotów gospodarczych;
- równość w uzyskiwaniu ochrony prawnej⁴⁰.

W literaturze prawa konstytucyjnego zwraca się uwagę, iż natura prawna art. 22 Konstytucji, zapewniającej swobodę gospodarczą, jest złożona. Skoro ma on być odczytywany łącznie z art. 20, to nie może ulegać wątpliwości, że „pełni dwojaką funkcję”. Z jednej strony, traktować go należy jako wyrażenie jednej z zasad ustroju gospodarczego RP, z drugiej strony – może on stanowić podstawę do konstruowania prawa podmiotowego, przysługującego każdemu, kto podejmuje działalność gospodarczą⁴¹. Traktowanie wolności działalności gospodarczej jako zasady ustroju (a nie tylko prawa podmiotowego) oznacza jej odniesienie nie tylko do sfery działania jednostek (podmiotów konstytucyjnych praw i wolności), ale także do innych uczestników obrotu gospodarczego⁴¹.

W kontekście obciążeń ponoszonych przez przedsiębiorców, realizujących jako pracodawcy powinności wynikające z funkcji ochronnej prawa pracy, zasadne jest także postawienie tezy, iż urzeczywistnianie przez prawo pracy zasad sprawiedliwości społecznej stoi w sprzeczności z wyrażoną w art. 32 Konstytucji zasadą równości – ust. 1 (wszyscy są wobec prawa równi) oraz zasad niedyskryminacji – ust. 2 (nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny). Jak wskazuje Trybunał, Konstytucja nie formułuje założeń równości w rozumieniu uniwersalnego egalitaryzmu jednostek, ale jako równomierność realizacji wolności i praw. Oznacza to, że w pełni konstytucyjny wymiar prawo równego traktowania uzyskuje w przypadku nierówności dotyczących określonych (unormowanych) w Konstytucji wolności i praw⁴².

Powyższe ustalenia prowadzą do wniosku, iż kształtowanie norm prawa pracy przez reguły sprawiedliwości społecznej, eksponujące

⁴⁰ K. Klecha, *Wolność działalności gospodarczej w Konstytucji RP*, Warszawa 2009, s. 68.

⁴¹ L. Garlicki, M. Zubik, *Komentarz do art. 22*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz...*, red. L. Garlicki, M. Zubik, *op. cit.*, wydanie elektroniczne LEX/el.

⁴² Postanowienie TK z dnia 24 października 2001 r., SK 10/2001, OTK 2001, nr 7, poz. 225.

w mocny sposób swój socjalny wymiar, przekłada się także na zewnętrzne uwarunkowania funkcjonowania pracodawców, zakładając poczucie sprawiedliwości w tych relacjach. Na problem właściwego aksjologicznego podejścia w kształtowaniu podmiotowych relacji w prawie pracy zwraca uwagę także Michał Skórski, stwierdzając, iż w związku z problematyką funkcji prawa pracy trafnie zwrócono uwagę na najogólniej pojmowane powody powstania systemu prawa pracy. Jako regulacja związana z obrotem gospodarczym, dotyczącym pozyskiwania i wykonywania pracy zależnej, prawo pracy ma na celu zapewnienie sprawnego, funkcjonalnego i pewnego obrotu w tej dziedzinie. Realizacja tego celu wymaga stosowania różnych środków z zakresu wszystkich wyróżnianych do tej pory funkcji. Osiągnięcie sprawnego funkcjonowania stosunków zatrudnieniowych nie jest możliwe bez uzyskania równowagi między niezgodnymi do pewnego stopnia interesami zaangażowanych stron zarówno na poziomie indywidualnym, jak i zbiorowym. Przesadne uwzględnianie interesu jednej strony tylko pozornie jest słusze, gdy konsekwencją takiego stanu rzeczy może być dysfunkcja całego systemu, choćby w postaci pracowniczych protestów i strajków. Dysfunkcje systemu szkodzą interesom obu stron szeroko rozumianych stosunków pracy⁴³.

W związku z powyższym należy skonstatować *de lege ferenda*, iż czysto sprawiedliwościowe podejście w relacjach prawnopracowniczych przełożyłoby się także na (co najmniej) bardziej sprawiedliwe funkcjonowanie pracodawców, bądźcych przedsiębiorcami w obrocie gospodarczym. Patrząc natomiast z perspektywy zewnętrznej, tzn. oceniając relacje pracodawców z pracownikami z punktu widzenia uczestnictwa tych pierwszych w życiu gospodarczym, prawidłowo realizowane zasady działania w środowisku gospodarczym wręcz determinują potrzebę *stricte* sprawiedliwościowego podejścia w stosunkach prawnopracowniczych, bez wklęcia tych relacji w doktrynalny pancerz sprawiedliwości społecznej.

Podsumowanie

W wielu opracowaniach dotyczących sprawiedliwości, wskazuje się na fakt, iż słowo „sprawiedliwość” zawiera w sobie słowo „prawo”. Jednakże nie zawsze te dwa terminy zachodzą równolegle, nie zawsze sprawiedliwość jest wyczerpana przez prawo i nie zawsze prawo realizuje sprawiedliwość. Prawo pracy, systemowo kształtowane przez normy konstytucyjne, realizuje zasady sprawiedliwości społecznej, która jakościowo jest odmienna od czystego pojmowania sprawiedliwości.

⁴³ M. Skórski, *Ochrona funkcji prawa pracy w gospodarce rynkowej*, Kraków 2006, s. 103.

W konsekwencji prawo pracy realizuje dzisiaj sprawiedliwo według koncepcji „czułych na położenie”, a *de facto* wypełnia warunki sprawiedliwoci społecznej zapisane w Konstytucji. Wobec powyższego z formalnego, hierarchicznego punktu widzenia prawo pracy stanowi gałąź prawa wewnętrznie spójną w ramach systemu prawa. Nie wypełnia natomiast powinno ci sprawiedliwoci obiektywnej, w której dana wartość doznawałaby w ramach porządku prawa pracy ochrony z racji samej swojej istoty, w oderwaniu od kontekstu, w jakim funkcjonuje. Należy oczywiście postawić pytanie, czy takie „społecznie sprawiedliwe” podejście prawa pracy jest *ex definitione* skazane na dezaprobatę. Oczywiście nie, albowiem w pełni aksjologicznie uzasadnione jest chronienie podmiotów słabszych ekonomicznie. Jednakże wydaje się, iż ochrona ta nie powinna być realizowana przez z góry przyjęte rozwiązania prawne, które zawsze, niezależnie od okoliczności danego przypadku, przyznają prymat wartościom reprezentowanym przez pracownika. Jeżeli uznajemy za aksjologicznie słuszną ochronę słabszej ekonomicznie strony stosunku pracy, to ochrona ta winna być realizowana z *uwzględnieniem okoliczności konkretnego stanu faktycznego*⁴⁴. Należy bowiem wskazać, iż realizacja pełnego poczucia sprawiedliwoci nie będzie oznaczała osłabienia pozycji pracownika, a jedynie będzie wymagała zindywidualizowanego (osadzonego w okolicznościach konkretnego stanu faktycznego) podejścia do sprawiedliwego traktowania obydwu stron stosunku pracy.

Konstatując, należy zatem stwierdzić, iż prawo pracy ma potencjał umożliwiający realizację sprawiedliwoci, rozumianej jako obiektywne przyznawanie prymatu określonym wartościom z uwagi na ich doniosłość w danych okolicznościach. Postulat *de lege ferenda* mógłby zostać sformułowany w kierunku wzmocnienia funkcji wyrównawczej, regulującej deficyty ochrony praw pracowniczych z uwagi na słabszą pozycję ekonomiczną (czasem również organizacyjną czy wiadomościową) pracowników, kosztem osłabienia funkcji ochronnej, przewidującej generalną ochronę pracownika, która z racji swojego apriorycznego charakteru prowadzi do zachwiania realizacji sprawiedliwoci. Należy jednakże stwierdzić, iż pełna realizacja powyższego postulatu wymagała zmiany podejścia aksjologicznego do prawa pracy, które na chwilę obecną ma silne, historycznie uwarunkowane i mocno zakorzenione konotacje do ochrony słabszej ekonomicznie strony stosunku pracy, jak jest pracownik.

⁴⁴ Nie w każdym przypadku pracownik powinien korzystać z instytucji szczególnej ochrony trwałoci stosunku pracy, czy nie w każdym przypadku wyrządzenia szkody pracodawcy z winy nieumyślniej winien ponosi ograniczoną odpowiedzialność materialną.

Konrad Kohutek

Google szkodzi konkurentom
czy konkurencji (konsumentom)?
Dyskusyjno interwencji Komisji Europejskiej
w zachowania internetowego giganta

Zarys sporu oraz aspekty proceduralne unijnej sprawy
przeciwko Google

W czerwcu 2017 r. Komisja Europejska (dalej Komisja) wydała decyzję stwierdzając naruszenie przez Google zakazu nadużywania pozycji dominującej (art. 102 TFUE¹) oraz nałożyła na tę spółkę najwyższą w dotychczasowej historii indywidualną karę w wysokości ponad 2,42 mld euro. Zdaniem Komisji naruszenie to polegało na dyskryminacji przez Google konkurencyjnych stron internetowych przez obniżenie w rankingu wyników wyszukiwania wiadczonego przez tych drugich usług, w tym zwłaszcza wyszukiwania pewnych informacji (np. o cenach produktów). Przedmiotem zarzutu Komisji było więc faworyzowanie przez

¹ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (tekst pierw.: Dz.Urz. UE C 306 z 17.12.2007, s. 1, wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 202 z 7.06.2016, s. 47), dalej - TFUE; polskim odpowiednikiem art. 102 TFUE jest art. 9 ustawy z dnia z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r. poz. 229 ze zm.), dalej - u.o.k.k.

Google w wynikach ogólnego, tzw. uniwersalnego, wyszukiwania własnych wyspecjalizowanych produktów, a zwłaszcza własnej porównywarki cenowej/sklepowej (Google Shopping).

Samo post powanie przed Komisj trwało ponad siedem lat, zmierzając na pierwszym etapie w kierunku niejako polubownego załatwienia sprawy. Komisja wszczęła post powanie przeciwko Google już w październiku 2010 r. Z kolei Google – w odróżnieniu od innych potentatów z rynku IT (jak Microsoft czy Intel, których zachowania tak były kwestionowane przez Komisję, o czym nie mówię), którzy od samego początku rozpoczęli sporną batalię z tym unijnym organem – zdecydował się na znalezienie i wynegocjowanie rozwiązania, które byłoby zadowalające dla obu stron. Negocjacje podjęte zostały w 2012 r., skutkując przedstawieniem przez Google stosownych propozycji (zmian dotyczących jego zachowań rynkowych).

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż w proceduralnym prawie konkurencji UE, ale także w porządkach krajowych, istnieje wyraźna podstawa prawna do tego rodzaju negocjacyjnego załatwienia sprawy zarzucanego naruszenia materialnych reguł konkurencji (tj. art. 101 i 102 TFUE). Podstawą stanowi tu art. 9 rozporządzenia nr 1/2003². Zgodnie z tym przepisem,

jeżeli Komisja zamierza przyjąć decyzję nakazującą zaprzestania naruszenia i zainteresowane przedsiębiorstwo proponuje zobowiązania uwzględniające zastrzeżenia wyrażone przez Komisję we wstępnej fazie rozpatrywania sprawy, Komisja może, w drodze decyzji, uczyni takie zobowiązania wiążącymi dla przedsiębiorstwa. Decyzja taka może zostać przyjęta na czas określony i oznacza, że nie ma już dalszych podstaw do podejmowania działań przez Komisję.

Zacytowany przepis stanowi podstawę do wydania decyzji zobowiązującej (*commitment decision*). Nazwa tej decyzji wynika stąd, iż na jej mocy dane przedsiębiorstwo zobowiązuje się do podjęcia zachowań³, jakie zaproponowało Komisji, a Komisja oficjalnie je akceptuje, i tym samym czyni je formalnie wiążącymi dla tego przedsiębiorstwa. Instytucja decyzji zobowiązującej pozwala na szybsze załatwienie sprawy, a przynajmniej w założeniu cel taki ma realizować, w szczególności ci przez to, iż stawia mniejsze wymagania dowodowe przed organem pu-

² Rozporządzenie Rady UE nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w 101 i 102 Traktatu (Dz.Urz. UE L 123 z 27.4.2004, s. 18), dalej – rozporządzenie nr 1/2003.

³ Chodzi o zachowania modyfikujące dotychczasowe praktyki na rynku, które, zdaniem Komisji, stanowi lub mogą stanowić naruszenie zakazów z art. 101 lub art. 102 TFUE.

blicznym (Komisj) oraz z zasady nie jest zaskarżana⁴, pozwalając tym samym na uniknięcie procesu sądowego. Decyzja ta przynosi także korzyści dla przedsiębiorstwa, a także w szczególności jest brak dopuszczalności nałożenia na nie kary pieniężnej⁵, a także brak formalnego stwierdzenia naruszenia prawa.

W sprawie przeciwko Google można twierdzić, iż wspomniany cel przyspieszenia postępowania z pewnością nie został zrealizowany. Trwało ono prawie siedem lat, przy czym sama procedura decyzji zobowiązującej, która ostatecznie w sprawie tej nie została wydana, toczyła się ponad pięć i pół roku⁶. Komisja w trakcie postępowania przeciwko Google, niewykluczone, że także z przyczyn pozaprawnych, zdecydowała się na zmianę instrumentu prawnego ingerencji w praktykę tego przedsiębiorstwa i zastosowała niejako tradycyjny rodek oddziaływania, czyli decyzję stwierdzającą naruszenie (*infringement decision*). Decyzja taka wydawana jest na mocy art. 7 ust. rozporządzenia nr 1/2003 i pozwala zarazem nałożyć na dane przedsiębiorstwo karę pieniężną. W dotychczasowej praktyce przypadki, w jakich Komisji dokonała wspomnianej zmiany, należą do rzadkości. Jak się jednak wydaje, można dopatrywać się pozytywnego aspektu wydania tego rodzaju decyzji. Jest nim faktyczna (realna) możliwość skontrolowania tej decyzji przez sąd unijny⁷, a dzięki temu zweryfikowania zasadności przyjętej przez

⁴ W prawie UE także strony trzecie, np. konkurenci adresata decyzji zobowiązującej, mogą tę decyzję zaskarżyć do sądu. Jak dotychczas w trzech przypadkach sąd unijny rozpatrywał sprawy, w których zaskarżono decyzję zobowiązującą; zob. zwłaszcza wyrok TSUE z dnia 29 czerwca 2010 r. w sprawie C-441/07 P *Komisja Europejska v. Alrosa Company Ltd* (Zb.Orz. 2010, s. I-05949) oraz wyrok Sądu UE (ósmej izby) z dnia 15 września 2016 r. w sprawie T-76/14 *Morningstar, Inc. v. Komisja Europejska* (ECLI:EU:T:2016:481).

⁵ Wynika to z motywu 13 *in fine* rozporządzenia nr 1/2003, zgodnie z którym „decyzje w sprawie zobowiązania nie dotyczą spraw, w których Komisja zamierza nałożyć grzywnę” („Commitment decisions are not appropriate in cases where the Commission intends to impose a fine”).

⁶ Komisja wszczęła postępowanie przeciwko Google 30 listopada 2010 r., a ostateczna decyzja, stwierdzająca naruszenie art. 102 TFUE, wydana została 27 czerwca 2017 r.

⁷ Prawo unijne daje możliwość zaskarżenia także przez podmioty niebędące stronami postępowania. Ma to znaczenie w szczególności w odniesieniu do decyzji zobowiązujących, których adresaci zazwyczaj nie są zainteresowani jej zaskarżeniem. W praktyce więc decyzje te zaskarżane są np. przez konkurentów tych adresatów (zob. wyroki cyt. trzy przypisy wyżej). W prawie polskim decyzja zobowiązująca, wydawana na mocy art. 12 u.o.k.k., jako że uwzględnia interesy jej adresata (strony), z oczywistych względów nie jest zaskarżana do sądu. Jednocześnie nie prawo polskie do takiego zaskarżenia legitymuje tylko podmioty mające status stro-

Komisj prawnokonkurencyjnej kwalifikacji zachowania Google (tj. w świetle art. 102 TFUE;). Jak to zostało ukazane w niniejszym opracowaniu, uznanie tego zachowania za przejaw nadużycia wykluczającego (tj. godzącego w konkurencję jako mechanizm służący efektywności rynkowej oraz dobrobytowi konsumentów) jest dyskusyjne. Z tego też powodu, w tym ze względu na pewną prawdę, wskazane, a nawet potrzebne, jest, aby doszło do merytorycznej kontroli przez sąd stanowiącą Komisję w tej sprawie.

Pozycja (dominująca?) Google - w rozumieniu art. 102 TFUE

Podstawowy problem, jaki – moim zdaniem – wiąże się z interwencją Komisji w zachowania Google, sprowadza się nie tyle do podważenia wysokości samej kary⁸, lecz dotyczy prawidłowości zakwalifikowania zachowania tej spółki jako przejawu nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE. Przepis ten jest wprawdzie ogólnikowo skonstruowany, przewidując zakaz takiego nadużycia przy jednoczesnym braku legalnego zdefiniowania pojęcia tego nadużycia. Jakkolwiek orzecznictwo, a także sama Komisja, wypracowało różnego rodzaju kryteria (testy) konkretyzujące stosowanie tego przepisu, tj. właśnie w kontekście oceny określonych praktyk wykluczających dominantów⁹.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż warunkiem zastosowania art. 102 TFUE jest posiadanie przez przedsiębiorstwo pozycji dominującej na rynku właściwym (*relevant market*). Mimo że – *prima facie* – wydawałoby się, że można by automatycznie zakładać słuszność przypisy-

ny (zob. art. 127 §1 k.p.a., w zw. z art. 83 u.o.k.k.), zatem nie dotyczy to takich podmiotów jak konkurenci adresata tej decyzji.

⁸ Na to kar mają bowiem wpływ znaczne obroty tego przedsiębiorstwa, które stanowi podstawę wymiaru kary; zgodnie z art. 23 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003 „Komisja może, w drodze decyzji, nałożyć grzywnę na przedsiębiorstwa lub zwinę przedsiębiorstw, jeżeli umyślnie lub w wyniku zaniedbania naruszają art. 101 lub 102 Traktatu [..]. Dla każdego przedsiębiorstwa lub zwinu przedsiębiorstw biorących udział w naruszeniu grzywna nie przekroczy 10% całkowitego obrotu uzyskanego w poprzedzającym roku obrotowym”.

⁹ Zob. Komunikat Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wykluczającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące 2009/C 45/02 (Dz. Urz. UE C 45 z 24.02.2009, s. 7), dalej – wytyczne w sprawie nadużycia wykluczających.

wania Google takiej pozycji na rynku wyszukiwarek internetowych¹⁰, to jednak po bliższej analizie pozycji tej spółki na rynku - w tym w szczególności ci uwzględnieniu obecności na nim innych, zarówno mniejszych konkurentów (np. Yahoo!, Microsoft Bing, DuckDuckGo), jak i innych dużych podmiotów internetowych (np. Amazon, eBay, Facebook¹¹) - taka kwalifikacja prawna nie tylko nie jest oczywista, ale - w mojej ocenie - wadliwa. Bardzo ważne, a być może wręcz kluczowe, znaczenie w tej materii ma przede wszystkim całkowity brak kosztów zmiany dostawcy (*switch*) po stronie użytkowników (konsumentów), co do których nie występuje tym samym efekt zamknięcia (*lock-in*)¹².

Bezprecedensowy charakter zarzutu przeciwko Google

Zasadniczym zarzutem, jaki Komisja postawiła Google, było „promowanie własnej porównywarki sklepowej (cenowej) w ramach ogólnych wyników wyszukiwania i poprzez to degradowanie konkurentów”¹³. Zdaniem Komisarzy Margrethe Vestager Google to „pozbawiło inne przedsiębiorstwa szansy na konkurowanie merytoryczne (*compete on the merits*) oraz na wprowadzanie innowacji oraz przede wszystkim pozbawiło europejskich konsumentów prawdziwego wyboru usług oraz pełnych korzyści z innowacji”¹⁴. W szczególności to drugie stwierdzenie Komisji stanowi poważny zarzut. Aby wszak był on uzasadniony, konieczne jest, aby, po pierwsze, miał on stosowny, prawidłowo wyłożony, podstaw prawny oraz, po drugie, aby miał tak e odpowiednie oparcie w faktach, w tym zwłaszcza w rzeczywistym, negatywnym wpływie kwestionowanych praktyk Google na interesy konsumentów.

¹⁰ Udział tego podmiotu na tym rynku jest bardzo wysoki, oscyluje - w zależności od regionu Europy (UE) - pomiędzy 85% a 95%.

¹¹ Wymienione podmioty także mogą wywierać presję konkurencyjną na Google i podważać jego ekonomiczną niezależność, czego wymaga orzecznicza definicja pozycji dominującej; szerzej o tym zob. K. Kohutek, *Rynki wyszukiwarek internetowych a zarzut nadużycia pozycji dominującej (na tle innej sprawy przeciwko Google)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2014, nr 10, s. 38.

¹² Zob. szerzej: K. Kohutek, *Rynki wyszukiwarek internetowych...*, *op. cit.*, s. 35-36.

¹³ „Promoting its own comparison shopping service in its search results, and demoting those of competitors” - *Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service* [press release], European Commission, Brussels 27.06.2017, dostępna na: www.europa.eu.

„It denied European consumers a genuine choice of services and the full benefits of innovation” - *ibidem*.

Jak zostało ukazane w niniejszym opracowaniu, interwencja Komisji (jej argumentacja zarówno prawna, jak i faktyczna) jest albo wadliwa, albo co najmniej dyskusyjna.

Uznanie zachowania Google jako przejawu nadużycia pozycji dominującej wydaje się bezprecedensowe. Dotychczas nie było przypadku, a w każdym razie nie jest mi taki znany, w którym Komisja, czy ten polski organ antymonopolowy, za nielegalne uznał praktyki, które w istocie polegały na promowaniu własnych produktów (usług), a tym samym na powstrzymaniu się od promowania produktów konkurencyjnych¹⁵. Z prawnego punktu widzenia należy jednak zauważyć, i sam fakt, że zakwestionowane przez Komisję zachowanie jest nowatorskie (w tym wymienionym sensie, tj. dotychczas takie lub podobne praktyki nie były traktowane za naruszenie art. 102 TFUE), nie stanowi formalnej przeszkody dla uznania naruszenia tego przepisu. art. 102 TFUE, zawiera bowiem generalną klauzulę zakazu nadużycia pozycji dominującej, a wskazane w nim zachowania mają charakter wyłącznie przykładowy¹⁶. Należy nadto dodać, że wspomniane traktatowe (normatywne) typy zachowań (tj. te z art. 102 lit. „a-d” TFUE¹⁷) zostały poszerzone przez typy pozanormatywne, tj. ukształtowane przez judykaturę, a także praktyki Komisji¹⁸. Kwestionowanych praktyk Google nie można zarazem przyporządkować do żadnego z normatywnych i pozanormatywnych typów zachowań¹⁹, jakkolwiek praktyki te wykazywały podobieństwo do nie-

¹⁵ Byłoby to tak z tego powodu, tj. bezprecedensowego charakteru sprawy, Komisja w pierwszej kolejności przez tyle lat starała się ją rozwinąć w trybie negocjacyjnym.

¹⁶ Kwestię tę akcentowano w judykaturze w zasadzie od samego początku egzekwowania zakazu z art. 102 TFUE (ówczesnego art. 86 EWG); zob. pkt 26 wyroku ETS z dnia 21 lutego 1973 r. w sprawie 6/72 *Europemballage/Continental Can v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb.Orz. 1973, s. 21).

¹⁷ Narzucanie nieuczciwych cen (art. 102 lit. a TFUE), ograniczanie produkcji (art. 102 lit. b), dyskryminacja partnerów handlowych (art. 102 lit. c) oraz sprzedaż wiązana (art. 102 lit. d).

¹⁸ Chodzi tu zwłaszcza o takie, niewymienione w art. 102 TFUE, zachowanie jak stosowanie cen poniżej określonego poziomu kosztów, czyli drapieżnictwo cenowe (*predatory pricing*), stosowanie określonych rabatów, zaniżanie marży (*margin squeeze*) czy też odmowa kontraktowania (*refusal to deal*); zob. wytyczne w sprawie nadużycia wykluczających.

¹⁹ Ponieważ zachowanie Google nie opierało się na cenie usługi, gdy były one darmowe, dlatego nie miała miejsca żadna z form praktyk cenowych wskazanych w przypisie wyżej. Nie stanowiły także „ograniczenia produkcji, rynków, czy rozwoju technicznego na szkodę dla konsumentów”, w rozumieniu art. 102 lit. b TFUE, ani też dyskryminacji partnerów handlowych w rozumieniu art. 102 lit. c TFUE.

których z nich²⁰. Brak możliwości wspomnianego przyporządkowania ma zarazem znaczenie prawne. Poszczególne typy zachowania, który stanowi lub może stanowić nadużycie pozycji dominującej - dla stwierdzenia takiego nadużycia w danym wypadku - wymaga spełnienia określonych przesłanek, zwanych też testami²¹. Jednocześnie przesłanki te są bardziej precyzyjne, a czysto mniej wymagające w płaszczyźnie dowodowej, dla organu antymonopolowego (Komisji) niż wykazanie naruszenia klauzuli generalnej zakazu z art. 102 zd. 1 TFUE, oczywiście pod warunkiem, że zakaz ten będzie prawidłowo stosowany. Można je wszak stosować jedynie wówczas, gdy faktycznie bezwzględnie w tym względzie badane zachowanie dominanta odpowiada któremuś z wymienionych typów.

Zachowanie Google a odmowa dostępu do urządzeń kluczowych

W tym miejscu warto także wskazać na pewien paradoks prawny, jaki wiąże się z kwalifikowaniem praktyk Google w świetle, zwłaszcza szczegółowych, typów zachowań konstruowanych na tle zakazu z art. 102 TFUE. Chodzi tu o zachowanie polegające na odmowie dostaw (kontraktowania), zwane także odmową dostępu do urządzeń kluczowych (*essential facilities*). Teoria ta została wypracowana w unijnej judykaturze, wymagając wykazania spełnienia przesłanki (testu) niezbędności danego urządzenia (infrastruktury) dominanta do prowadzenia działalności przez jego konkurentów. Przeglądki Google nie można wszak traktować jako takiego urządzenia (niezbędne). Konkurenci mieli bowiem możliwość prowadzenia i kontynuowania swej działalności i bycia dostępnym dla użytkowników także bez (nawet całkowitego) dostępu do Google czy też bez względu na to, w jaki sposób pozycjonowane były ich strony przez wyszukiwarkę tego podmiotu. Komisja przyjął, i jej zarzut naruszenia art. 102 TFUE nie opiera się na odmowie dostępu

²⁰ Np. sprzedaż zana (art. 102 lit. d TFUE) czy też odmowa dostaw; na temat tych praktyk będzie mowa w dalszej części opracowania.

²¹ Np. test odrębności produktów dla oceny sprzedaży zanej, test (warunek) niezbędności dla oceny odmowy dostaw, test przypisania dla oceny *margin squeeze*; szerzej zob. np. K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących, Prawidłowo i stosownie reguły prawa konkurencji*, Warszawa 2012, s. 576-579 oraz K. Kohutek, *Aprobata testu efektywności i odrzucenie warunku niezbędności dla oceny praktyki nożyc cenowych w świetle art. 102 TFUE. Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 17.02.2011 r. w sprawie C-52/09 Konkurrenten v. TeliaSonera*, „Glosa” 2012, nr 4 oraz cyt. tam literatura.

do takiego urz dzenia, w zwi zku z tym nie musi wykazywa testu niezb dno ci, a poza tym w danym przypadku konkurenci mieli od pocztku dost p do przegl darki Google, a „samopromocja to nie odmowa kontraktowania” („*self-promotion is not a refusal to deal*”)²². Wła nie w tym miejscu pojawia si wspomniany wy ej paradoks. Z takiego rozumowania mo na bowiem logicznie wydedukowa , i doktryna dost pu do urz dze kluczowych, w tym test niezb dno ci (zatem bardziej restrykcyjne dla Komisji przesłanki prawne ingerencji), mogłyby w danej sprawie znale zastosowanie w przypadku gdyby Google całkowicie wyeliminował ze swych wyników wyszukiwania inne, konkurencyjne porównywarki cenowe, a zatem „co wi cej” ni tylko ukazywanie ich na bardziej odległych miejscach w wynikach wyszukiwania. Jest to oczywi cie zachowanie bardziej dotkliwe dla konkurentów, tymczasem antymonopolowa ingerencja w nie byłaby bardziej utrudniona, prawnie wymagaj ca dla organu publicznego, ni zachowanie, które faktycznie było podj te przez Google. Wspomniany paradoks polega bowiem na tym, e prawnie łatwiejsze okazuje si ingerowanie w praktyki dominanta, które s mniej dotkliwe dla konkurentów, ni te, które maj dla tych podmiotów daleko id ce negatywne konsekwencje rynkowe.

Zachowanie Google jako przejaw lewarowania

W pi miennictwie mo na spotka si ze stanowiskiem, i zachowanie Google stanowiło typowy przejaw tzw. lewarowania (*leveraging*)²³, tj. wykorzystania swej pozycji na jednym, zdominowanym rynku do wzmocnienia swej pozycji na innym, niezdominowanym, w tym konkurencyjnym rynku, i w zwi zku z tym naruszało zakaz z art. 102 TFUE. Takie stanowisko jest wszak trafne tylko o tyle, e owszem praktyki Google mo na klasyfikowa jako tego rodzaju lewarowanie (transferowanie²⁴), a zarazem - co warto zaakcentowa - dla uznania naruszenia zakazu z tego przepisu nie jest konieczne, aby dane przedsi biorstwo posiadało pozycj dominuj c tak e na innym rynku, na jaki jego praktyki maj wpływ.

²² T. Hopner, *Duty to Treat Downstream Rivals Equally (Merely) a Natural Remedy to Google's Monopoly Leveraging Abuse*, „European Competition and Regulatory Law Review” 2017, No. 3, s. 208-221.

²³ „Google's Conduct Fulfills all Legal Criteria of Abusive Monopoly Leveraging” - T. Hopner, *Duty to Treat.*, *op. cit.*

²⁴ Zob. np. K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 349, 350.

Wszak powołane stanowiska, prezentowane tak e przez Komisj , s nieprawidłowe z tego wzgl du, i wspomniane lewarowanie nie mo e by traktowane jako odr bny, samodzielny typ szczególny nadu ycia pozycji dominuj cej²⁵, i jednocze nie mo na przypisywa mu analogicznego znaczenia prawnego jak we wskazanych wy ej szczególnych typach nadu y . Jest tak w zwłaszcz z tego wzgl du, i swym zakresem przedmiotowym lewarowanie obejmuje szeroki kr g zachowa , które mog by zarówno antykonkurencyjne, prokonkurencyjne, jak i ewentualnie neutralne dla konkurencji. Tym samym lewarowanie, aby mo na było je traktowa jako naruszenie zakazu z art. 102 TFUE, powinno albo spełnia znamiona którego z typów szczególnych (np. drapie nictwa cenowego, odmowy dostaw czy sprzeda y wi zanej²⁶), albo te spełnia generalne kryteria (aksjologicznie/funkcjonalnie) prawidłowego zastosowania tego zakazu. Tego za - w mojej ocenie - nie mo na stwierdzi w odniesieniu do zachowa Google.

Zachowanie Google w wietle generalnej klauzuli nadu ycia pozycji dominuj cej

Jak ju wspomniano, zachowanie przedsi biorstwa o pozycji dominuj cej mo e by uznane za nadu ycie (zakazane przez art. 102 TFUE) tak e na podstawie generalnej klauzuli takiego zakazu²⁷. W tym jednak przypadku szczególne znaczenie nale y przywi zywa do prawidłowej, w wymiarze aksjologiczno-funkcjonalnym, wykładni zakazu z art. 102 TFUE. Celem tego przepisu, podobnie jak i innych reguł antymonopo-

²⁵ Tak słusznie: R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford-Portland-Oregon 2006, s. 207, 208, którzy wskazuj , i „lewarowanie nie kreuje niezale nej podstawy dla nadu ycia” („leveraging is not an independent ground of abuse”).

²⁶ Zob. K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji*, *op. cit.*, s. 350, gdzie wskazywałem, i „w prawie unijnym ju od dawna wydawane były wyroki traktuj ce jako naruszenie (obecnego) art. 102 TFUE zachowania maj cego charakter praktyk lewaruj cych [..]; odnosiło si to do takich zachowa jako np. odmowa dostaw (lewarowanie na rynek ni szego szczebla) czy te sprzeda wi zana (lewarowanie na rynek produktu wi zanego)”; zob. te : R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The Law and Economics*, *op. cit.*, s. 207, którzy wskazuj , i lewarowanie mo e przybra któr kolwiek z form z czterech zachowa opisanych w art. 102 TFUE.

²⁷ Na podstawie art. 102 zd. 1 TFUE niezgodne z rynkiem wewn trznym i zakazane jest nadu ywanie przez jedno lub wi ksz liczb przedsi biorstw pozycji dominuj cej na rynku wewn trznym lub na znacznej jego cz ci, w zakresie, w jakim mo e wpływa na handel mi dzy pa stwami członkowskimi.

lowych, jest ochrona konkurencji z korzyści dla konsumentów²⁸. Celem tym nie jest więc ochrona konkurentów dominanta jako takich. Owszem interwencja antymonopolowa w praktyki dominanta może być, i zazwyczaj jest, także w interesie jego konkurentów, jednakże interwencja ta jest zasadna i prawidłowa o tyle, o ile praktyki te godzą w ekonomiczne interesy konsumentów. Jeśli zatem praktyki dominanta są tylko uciążliwe i biznesowo szkodliwe dla jego konkurentów, a nie są szkodliwe dla konsumentów (np. skutkują wyższymi cenami, pogorszeniem jakości produktów, ograniczeniem wyboru czy też hamowaniem innowacji), wówczas nie ma podstaw do stosowania zakazu z art. 102 TFUE²⁹. Samo zatem wykluczenie konkurentów z rynku, w tym nawet ich całkowita eliminacja, nie może determinować naruszenia tego przepisu. Skutek ten nie musi bowiem oznaczać ograniczenia samej konkurencji, jak przepis ma chronić, a co znajduje potwierdzenie w najnowszym orzecznictwie³⁰.

Trudno zgodzić się z przyjętą przez Komisję teorią szkody, czyli pozabawienia konsumentów możliwości wyboru. Konsumentom cały czas mieli możliwość dostępu do wszelkich innych, konkurencyjnych porównywarek cenowych. W mojej ocenie nie można tego dostępu trak-

²⁸ Zob. zwłaszcza pkt 115 *in principio* wyroku [dawnego] Sądu Pierwszej Instancji z dnia 7 czerwca 2006 r. w sprawach T-213/01 i T-214/01, *Österreichische Postsparkasse AG i Bank für Arbeit und Wirtschaft AG v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb.Orz. 2006, s. II-1601) oraz pkt 44 wyroku z dnia 27 marca 2012 r. w sprawie C-209/10 *Post Danmark A/S v. Konkurrentemdet* (ECLI:EU:C:2012:172) oraz K. Kohutek, *Antykonkurencyjne, czyli szkodliwe dla konsumentów: bliżej podejścia skutkowego w stosowaniu zakazu nadużyć wykluczających w świetle art. 102 TFUE?*, „Głosa” 2013, nr 3, s. 98-99.

²⁹ Tak interpretację potwierdza zresztą sama Komisja, stwierdzając, iż przy stosowaniu art. 102 TFUE do praktyk wykluczających dominantów będzie się „koncentrowała na takich zachowaniach, które są najbardziej szkodliwe dla konsumentów” („focus on those types of conduct that are most harmful to consumer”); następnie dodaje, iż korzyści konsumentów z konkurencji przejawiają się w „niższych cenach, lepszej jakości oraz szerszym wyborze i nowych lub polepszonych produktach i usługach” („lower prices, better quality and a wider choice of new or improved goods and services”); pkt 5 wytycznych w sprawie nadużyć wykluczających.

³⁰ Zob. pkt 134 wyroku TSUE z dnia 6 września 2017 r. w sprawie C-413/14 P *Intel Corporation Inc. v. Komisja Europejska* (ECLI:EU:C:2017:632), dalej - wyrok z 2017 r. w sprawie Intel; w wyroku Trybunał wskazał, iż „niekażdy skutek w postaci wykluczenia musi koniecznie prowadzić do naruszenia konkurencji. Z definicji konkurencja oparta na jakości może doprowadzić do zniknięcia z rynku lub do odsunięcia na dalszy plan konkurentów mniej skutecznych, a zatem - mniej interesujących dla konsumentów” oraz cyt. tam orzecznictwo.

towa nawet za ograniczony przez praktyki Google. Ponadto przedsi-
 biorstwu temu nie można zarzucić tego, iż postawił w jakim
 wymiarze nieuczciwie³¹, w szczególności nie wprowadzał konsumentów
 w błąd, a tym bardziej nie dostarczał im nieprawdziwych informacji,
 lecz jedyne, co robił, to właściwie promował własną stronę porównywar-
 ki, odpowiadając wszakże na zapytanie (wyszukiwanie) konsumenta.
 Ten ostatni wszak w każdym momencie miał możliwość skorzystania
 z konkurencyjnych (dla Google Shopping) porównywarek cenowych
 czy sklepowych albo przez bezpośrednio wejście na stronę danej po-
 równywarki, czy to międzynarodowej (anglojęzycznej³²), czy to krajo-
 wej (w tym polskiej³³). Poza tym, nawet jeżeli statystycznie konsument
 rzadziej korzystał z porównywarek konkurencyjnych, rodzi się pytanie
 czy, korzystając z Google Shopping, konsument został w jakim stopniu
 poszkodowany, w tym sensie, iż otrzymał gorszy (mniej innowacyjny)
 i (lub) droższy produkt, niż w przypadku, gdyby Google nie dopuszczał
 się zakwestionowanych przez Komisję zachowań. Pytanie to jest tym
 bardziej zasadne, że usługi wyszukiwania informacji, porównywania
 cen, itp. Google są darmowe dla użytkowników (konsumentów).

Sprawa Google na tle sprawy Microsoft: kolejny błąd antymonopolowy?

Wreszcie kwestia istotna, a być może nawet kluczowa, w prawidłowym
 zastosowaniu art. 102 TFUE jest skonstruowanie odpowiedniego rodzaju
 zaradczego (*remedy*), tj. określenia zachowania, które dominant powin-
 nien podjąć, aby zaprzestania naruszeniu tego przepisu³⁴, jakie zarzucane
 mu jest przez organ publiczny (Komisję). Odnosząc to do komentowa-
 nej sprawy, należałoby zapytać, czy w ogóle może być zapewnienie
 tzw. neutralności wyszukiwania (*search neutrality*), tj. niepromowania

³¹ Jakkolwiek nieostre kryterium nieuczciwości ma lub powinno mieć limitowa-
 ne znaczenie w kontekście stosowania zakazu z art. 102 TFUE, w szczególności
 w odniesieniu do praktyk wykluczających. Jednocześnie kryterium to nie jest
 całkiem bez znaczenia, w szczególności z tego względu, iż w samym art. 102 lit.
 a TFUE mowa jest o nieuczciwych cenach (*unfair prices*).

³² Np. NexTag, Shopzilla, Shopping.com, PriceGrabber.

³³ Np. Ceneo, Nokaut.pl, Skapiec.pl.

³⁴ Od nowelizacji z 2014 r. w polskiej ustawie antymonopolowej wprost wymienio-
 ne zostało kilka przykładów takich rodzajów zaradczych, jak np. nakaz zmiany
 umowy, udzielenie licencji praw własności intelektualnej na niedyskryminacyj-
 nych warunkach, umożliwienie dostępu do określonej infrastruktury na niedy-
 skryminacyjnych warunkach (zob. art. 10 ust. 4 u.o.k.k.).

adnej konkretnej strony (konkurenta). W doktrynie słusznie wskazuje się, iż *de facto* nie jest to możliwe, a wymaganie przez organ publiczny zapewnienia od dominanta takiej neutralności może być wręcz szkodliwe dla konsumentów, skutkując hamowaniem innowacji, w tym przypadku rozwoju wyszukiwarek internetowych³⁵.

Jednocześnie nie trudno ci z określeniem prawidłowego *remedy* występującego w szczególności wówczas, kiedy dyskusyjne, czy wręcz niezasadne, jest samo zakwalifikowanie określonych zachowań dominanta za naruszenie art. 102 TFUE, co należy odnieść nie tylko do komentowanej sprawy Google, ale także do głównej sprawy przeciwko Microsoft. Tej drugiej spółce Komisja zarzuciła m.in. tzw. sprzedażi zaniżonej (zob. art. 102 lit. d TFUE), która w danym przypadku przejawiała się w tym, iż Microsoft preinstalował w swoim systemie operacyjnym Windows³⁶ własny program do odtwarzania plików multimedialnych (Windows Media Player - WMP). Komisja uznała, iż takie praktyki są szkodliwe dla konsumentów, gdyż rzekomo zmuszają ich do korzystania z programu Microsoft i tym samym pozbawiają ich wyboru³⁷, a zarazem wykluczają konkurentów z rynku programów do odtwarzania wymienionych plików. Komisja jako wspomniane *remedy* nakazała, aby

³⁵ Zob. np. D.A. Crane, *Search Neutrality as an Antitrust Principle*, „Public Law and Legal Theory” 2011, Vol. 256, s. 1-10; wskazuje się także, iż z punktu widzenia użytkowników internetu trudne, jeżeli w ogóle możliwe, jest wskazanie, jakie wyniki są dla nich neutralne czy preferowane. Trafnie więc podnosi się w doktrynie, iż stosowanie wyników wyszukiwania, które faworyzuje niejako własne treści oraz usługi, nie może być postrzegane jako antykonkurencyjne tylko dlatego, iż może negatywnie oddziaływać na niektórych konkurentów. Z punktu widzenia użytkowników wyszukiwarek (*search users*) takie praktyki jak załadowanie map lub innych usług (np. wyszukiwarek sklepowych czy cenowych) są wręcz korzystne, gdyż pomagają im w bardziej efektywnym uzyskaniu poszukiwanych informacji; M. Lao, *Search, Essential Facilities, and the Antitrust Duty to Deal*, „Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property” 2013, No. 11, s. 310 oraz cyt. tam literatura.

³⁶ Microsoft posiadał zarazem pozycję dominującą na wiatowym rynku systemu operacyjnych.

³⁷ Komisja zarówno w sprawie Microsoft, jak i Google uznała, iż szkoda konsumentów polegała na pozbawieniu ich możliwości wyboru. Z tego tak jednak nie można się zgodzić, ponieważ w obu przypadkach konsumenci mieli lub mają taki wybór. W sprawie Google - przez swobodę wyboru na dowolną stronę konkurencyjnej porównywarki cenowej lub konkretnego sprzedawcy, z pominięciem wyszukiwarki Google (a tym samym Google Shopping). W sprawie Microsoft - przez możliwość zakupu lub darmowego ściągnięcia innego, konkurencyjnego do WMP programu do odtwarzania plików multimedialnych (system operacyjny Windows mógł mieć zainstalowane dwa lub więcej takich programów oprócz WMP).

Microsoft wprowadził na rynek program Windows N, tj. bez preinstalowanego WMP. Jak się okazało, nie było w zasadzie jakiegokolwiek popytu na tę wersję systemu Windows³⁸ (Microsoft zachował bowiem prawo do równoległego oferowania na rynku także Windowsa razem z WMP). Reakcja rynku na ten rodek Komisji w sprawie Microsoft, mający niejako korygować jego niedoskonałość, pokazała nie tylko jego nieskuteczność, ale przede wszystkim, niejako empirycznie, podważyła prawidłowo ingerencji Komisji w prezentowaną praktykę Microsoft³⁹.

Opisane wyżej praktyki Microsoft, choć formalnie inne⁴⁰, to jednak odznaczały się pewnymi podobieństwami do zachowań Google, które także niejako łączyło ze swym sztandarowym produktem, tj. usługą ogólnego wyszukiwania, dodatkowy własny produkt, tj. Google Shopping. Jednocześnie nie podobne względu, tj. brak faktycznej antymonopolowej szkody konsumenta, nakazują postrzegać interwencję Komisji w obu sprawach za nieprawidłową, a z pewnościami dyskusyjną, przy czym w przypadku Microsoft istnieją już dowody empiryczne świadczące o takiej nieprawidłowości (tzw. błąd antymonopolowy). W obu przypadkach można jednocześnie nie twierdzić, iż poszkodowanymi byli jedynie niektórzy konkurenci dominanta.

Podsumowanie

Przedstawione wyżej rozważania oraz wątpliwości związane z przyjętą przez Komisję antymonopolową kwalifikacją zachowań Google prowadzą do wniosku, iż sprawa ta może, podobnie jak w przypadku Micro-

³⁸ Według raportu Microsoft popyt na wersję Windows XP N wyniósł 0,005% ogólnej sprzedaży w Europie oprogramowania Windows XP; *Fact Sheet: Windows XP N Sales*, April 2006, dostępne na: www.microsoft.com. Ten produkt, wymuszony przez interwencję antymonopolową Komisji, okazał się porażką handlową (*commercial failure*); P. Larouche, *The European Microsoft Case at the Crossroads of Competition Policy and Innovation: Comment on Ahlborn and Evans*, „Antitrust Law Journal” 2009, Vol. 75, s. 958.

³⁹ O sprawie tej zob. D. Miślik, *Sprzedaż i zainstalowanie systemu operacyjnego Windows z oprogramowaniem użytkowym Windows Media Player*, [w:] *Sprawa Microsoft - studium przypadku. Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, red. D. Miślik, T. Skoczny, M. Surdek, Warszawa 2008, s. 89-134; zob. też K. Kohutek, *Praktyki wykluczające... op. cit.*, s. 359-368.

⁴⁰ W sprawie Microsoft Komisja wprost powoływała się na naruszenie konkretnego, nazwanego typu zachowania, tj. art. 102 lit. d) TFUE, co nie miało miejsca w sprawie Google.

soft, okazał się kolejnym przypadkiem błędów antymonopolowego⁴¹. Co prawda w sprawie Google nie wypowiedział się jeszcze Sąd unijny, ale trzeba pamiętać, że w sprawie Microsoft Sąd utrzymał w mocy decyzję Komisji⁴². Wypada jednak mieć nadzieję, że w sprawie Google Sąd dokona prawidłowej oceny antymonopolowej zachowań Google, naprawiając tym samym błędy Komisji. Oczywiście nie ma co do tego żadnej pewności, ale za dobrą prognozę można traktować stosunkowo niedawno wydany wyrok TSUE w sprawie Intelu, w której uchylił wyrok orzekający tego w pierwszej instancji Sąd unijny oraz decyzję Komisji. Jednocześnie w sprawie Intel TSUE podnosił konieczność oceny praktyk dominanta przez pryzmat ich szkodliwości dla konsumentów, a nie tylko konkurentów⁴³. Samo wykluczenie konkurentów nie może być determinujące dla stwierdzenia naruszenia art. 102 TFUE, mogące wynikać także z ich nieefektywności lub niżej efektywności niż dominanta⁴⁴.

⁴¹ W tym przypadku można mówić o tzw. fałszywym pozytywie (*false positive*), tj. publicznoprawnej ingerencji w praktyki, które nie są antykonkurencyjne, lub – posługując się terminologią prawną – o skazaniu niewinnego; szerzej o tej kategorii błędów oraz tzw. fałszywych negatywach zob. np. K. Kohutek, *Praktyki wykluczające* ce., *op. cit.*, s. 220-271 oraz cyt. tam literatura.

⁴² Wyrok [dawnego] Sądu Pierwszej Instancji z dnia 17 września 2007 r. *Microsoft v. Komisja Europejska* (Zb.Orz. 2007, s. II-3601).

⁴³ Zob. zwłaszcza pkt 134-135 wyroku z 2017 r. w sprawie Intel.

⁴⁴ TSUE parokrotnie podkreślał znaczenie tzw. testu równie efektywnego konkurenta (*as efficient competitor test*) jako kryterium służącego wskazaniu, które wykluczenia konkurentów należy traktować za antykonkurencyjne, tj. niezgodne z art. 102 TFUE; TSUE zarzucił zarazem dowód unijnemu pominięcie tego testu w swej ocenie (zob. pkt 143-145 cyt. wyroku z 2017 r. w sprawie Intel).

Krzysztof Krajewski

Całkowity zakaz substancji psychoaktywnych, jako sposób rozwiązania problemu dopalaczy?

Niezwykle dynamiczny rozwój, wręcz eksplozja, fenomenu nowych substancji psychoaktywnych (*new psychoactive substances* - NPS), z jakim od mniej więcej dziesięciu lat boryka się wiele krajów świata, stanowi poważne wyzwanie dla systemu kontroli narkotyków. Wykorzystywane dotychczas w tym obszarze instrumenty opierały się przede wszystkim na systemie wykazów substancji kontrolowanych jako środki odurzające lub substancje psychotropowe. Umieszczenie danej substancji na takim wykazie oznaczało, iż stawała się ona przedmiotem odpowiedniej kontroli administracyjnej, wykluczającej jej wykorzystywanie dla tzw. celów rekreacyjnych oraz ograniczającej, a co sto całkowicie wykluczającej jej wykorzystywanie do celów badawczych i terapeutycznych. Naruszenia powyższych regulacji administracyjnych były sankcjonowane przez stosowne normy prawa karnego penalizujące wszelkie formy nielegalnego obrotu kontrolowanymi środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi, przede wszystkim te polegające na stwarzaniu nielegalnej ich podaży (uprawa, produkcja, transport, obrót hurtowy i detaliczny itp.), ale co sto również polegające na realizacji popytu na nie (konsumpcja w celach rekreacyjnych).

Powyższy system funkcjonuje do dzisiaj tak w prawie międzynarodowym na poziomie globalnym (w postaci załączników do stosownych

konwencji Organizacji Narodów Zjednoczonych)¹, jak i w ustawodawstwach wszystkich państwach świata. Jak zauważyli jednak Adam R. Winstock i John D. Ramsey „rozwój opartej o internet sieci marketingu i dystrybucji [substancji psychoaktywnych - K.K.], równoległej do i odrębnej od nielegalnego rynku sprzedaży ulicznej, stworzył istotne wyzwania dla skuteczności istniejących strategii redukcji podaży”².

Wykazy substancji psychoaktywnych okazały się instrumentem z trudem nadążającym za kreatywnością chemików tworzących coraz to nowe substancje, mając na celu tylko i wyłącznie obejście dotychczasowego systemu kontroli. Stało się to powodem pojawienia się w wielu krajach nowych rozwiązań, takich jak wykazy tymczasowe, szybkie procedury legislacyjne dla wprowadzania zmian na tych wykazach, oraz uzupełnianie tradycyjnych wykazów tzw. definicjami rodzajowymi (generycznymi) i analogowymi³.

W ciągu ostatnich sześciu lat do tej gamy rozwiązań kontrolnych dołączyło jeszcze jedno, polegające na wprowadzeniu całkowitego zakazu produkcji i obrotu substancjami o charakterze psychoaktywnym, poza tymi *explicite* dopuszczonymi do obrotu przez obowiązujące przepisy (np. alkohol, tytoń, kawa itp.). Rozwiązanie to określa się mianem zakazu blankietowego (*a blanket ban*), lub zakazu całkowitego (*a total ban*). Jego istotą stanowi niejako odwrócenie wspomnianego wcześniej tradycyjnego rozwiązania w postaci wykazów substancji kontrolowanych i zabronionych, w ramach którego kontrolowane i zakazane jest tylko to, co jest umieszczone na takich wykazach. Substancje nieumieszczone na wykazach są legalne, a przynajmniej nie podlegają kontroli przewidzianej dla narkotyków. Dopóki więc jaka substancja nie znajdzie się na stosownym wykazie, to nie ma podstaw do jej konfiskowania czy też pociągania do jakiegokolwiek odpowiedzialności, w tym odpowiedzialności karnej, jej producentów, importerów, sprzedawców, posiadaczy itp.

Problem nowych substancji psychoaktywnych wynika stąd, iż rozwój dzisiejszej chemii dał nieograniczone w zasadzie możliwości modyfiko-

¹ Jednolita konwencja o środkach odurzających sporządzona w Nowym Jorku dnia 30 marca 1961 r. (Dz.U. z 1966 r. Nr 45, poz. 277) oraz Protokół zmieniający Jednolitą konwencję o środkach odurzających z 1961 r., sporządzony w Genewie dnia 25 marca 1972 r. (Dz.U. z 1996 r. Nr 35, poz. 149), a także Konwencja o substancjach psychotropowych sporządzona w Wiedniu dnia 21 lutego 1971 r. (Dz.U. z 1976 r. Nr 31, poz. 180).

² A.R. Winstock, J.D. Ramsey, *Legal Highs and the Challenge for Policy Makers*, „Addiction” 2010, Vol. 105, No. 10, s. 1685.

³ Por. B. Hughes, T. Blidaru, *Legal Responses to New Psychoactive Substances in Europe*, European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, Lisbon 2009, dostęp na: www.emcdda.europa.eu [stan na: 28.09.2017].

wania ła cuchów molekularnych rozmaitych znanych syntetycznych substancji psychoaktywnych w celu otrzymywania substancji podobnych chemicznie i o podobnym działaniu psychoaktywnym, ale - ze względu właśnie na te modyfikacje - niebędących przedmiotem kontroli jako środki odurzające lub substancje psychotropowe. Dopóki nowa substancja nie znajdzie się na stosownym wykazie, co jest najczęściej procedurą wymagającą określonego czasu, pozostaje ona w zasadzie w legalnym obrocie. Jest to podstawa funkcjonowania legalnego rynku nowych substancji psychoaktywnych i źródło kłopotów dla większości rządów współczesnych krajów Europy i Ameryki Północnej, które najczęściej - szczególnie w oczach opinii publicznej - przegrywają walkę z kreatywnością chemików i nie nadążają z uzupełnianiem wykazów substancji kontrolowanych⁴. Substancje wprowadzane na te wykazy są bowiem szybko zastępowane przez kolejne ich modyfikacje, które pozostają legalne do momentu wciśnięcia ich na stosowne wykazy.

Zakaz blankietowy ma rozwiązać ten problem właśnie przez odwrócenie zasady, co nie jest wyraźnie zakazane, jest dozwolone: zostaje ona zastąpiona zasadą, co nie jest *explicite* dozwolone, jest zakazane. W takim ujęciu „kreatywność” chemików traci w zasadzie rację bytu. Cokolwiek bowiem nie zostałoby wymyślone, jeżeli tylko ma właśnie ciwo ci psychoaktywne w rozumieniu ustawy, a nie jest *explicite* dopuszczone do takiej czy innej formy obrotu na podstawie odrębnych przepisów, pozostaje i tak nielegalne. W ten sposób nowe substancje psychoaktywne nie tracą oczywiście swej ewentualnej atrakcyjności ze względu na posiadane przez nie takie czy inne właśnie ciwo ci psychoaktywne, ale tracą całkowicie atrakcyjność wynikającą z posiadania do momentu wyrażonej delegalizacji legalnego statusu umoliwiającego legalny, bezkarny obrót nimi. W konsekwencji zakaz blankietowy wydaje się atrakcyjny, bo w gruncie rzeczy stanowi prosty sposób rozwiązania problemu nowych substancji psychoaktywnych przez całkowitą eliminację możliwości ich legalnej dystrybucji w różnego rodzaju oficjalnie działających punktach sprzedaży detalicznej, a także w internecie.

Jako przykłady rozwiązań tego typu podaje się przede wszystkim rozwiązania przyjęte w 2010 r. w Irlandii i w 2016 r. w Wielkiej Brytanii oraz rozwiązania australijskie i nowozelandzkie, ale także polskie⁵.

⁴ Olbrzymią większość nowych substancji psychoaktywnych jest dzisiaj produkowana w wielu wypadkach całkowicie legalnie, często przez przemysł farmaceutyczny, w krajach takich jak Chiny i Indie, a następnie eksportowana do Europy i Ameryki Północnej głównie w drodze zamówień internetowych. W ten sposób globalizacja jest kolejnym czynnikiem potęgującym problem nowych substancji psychoaktywnych czy też dopalaczy.

i rumu skie⁵. Trzeba przy tym zauważyć, że wprowadzenie zakazu blankietowego w 2010 r. w Irlandii przeszło niemal bez echa i dopiero wprowadzenie sześć lat później niemal identycznego rozwiązania w Wielkiej Brytanii wywołało liczne kontrowersje i ożywioną dyskusję na temat sensu i efektywności takiego rozwiązania. Co więcej, jeśli przyjmiemy, że w Polsce również mamy do czynienia od jesieni 2010 r. z zakazem blankietowym, to warto jednak zastanowić się, czy lub na ile polski zakaz blankietowy jest tożsamy z rozwiązaniami irlandzkimi czy brytyjskimi. Można więc zadać zasadne pytanie, czy pojęcie zakazu blankietowego używane jest zawsze w takim samym znaczeniu.

Rozwiązanie irlandzkie zostało wprowadzone w roku 2010 r. przez *Criminal Justice (Psychoactive Substances) Act 2010*⁶. Kluczowe znaczenie dla przyjętego w Irlandii rozwiązania ma art. 3 ustawy, który typizuje jako przestępstwo sprzedaż, import oraz eksport każdej substancji psychoaktywnej. Przez substancję psychoaktywną ustawa ta rozumie natomiast, zgodnie z definicją legalną zawartą w jej art. 1 ust. 1, „roślinę, grzyba lub organizm żywy, które w przypadku konsumpcji przez człowieka są zdolne: a) prowadzić do pobudzenia lub stłumienia aktywności ośrodkowego układu nerwowego, prowadzić do halucynacji lub istotnego zakłócenia lub istotnej zmiany funkcji motorycznych, postrzegania, wiadomości, lub nastroju i b) powodować stan uzależnienia, włącznie z tym uzależnieniem psychiczne lub fizyczne”⁷.

Za przestępstwa polegające na sprzedaży, imporcie lub eksporcie substancji psychoaktywnych grożą kary przewidziane w art. 20 ustawy różniące się – tak jak wszelkie zagrożenia ustawowe w prawie irlandzkim i brytyjskim – w zależności od trybu postępowania (formy oskarżenia). W przypadku skazania w postępowaniu uproszczonym (*summary conviction*) jest to grzywna do 5000 euro lub/i pozbawienie wolności do 12 miesięcy, a w przypadku skazania w postępowaniu na podstawie aktu oskarżenia (*conviction on indictment*) jest to grzywna lub/i pozbawienie wolności do lat 5.

⁵ Por. P. Reuter, B. Pardo, *Can New Psychoactive Substances be Regulated Effectively? An Assessment of the British Psychoactive Substances Bill*, „Addiction” 2017, Vol. 112, No. 1, s. 25.

⁶ Tekst ustawy dostępny na: www.irishstatutebook.ie [stan na: 28.09.2017].

⁷ „*Psychoactive substance* means a substance, product, preparation, plant, fungus or natural organism which has, when consumed by a person, the capacity to – (a) produce stimulation or depression of the central nervous system of the person, resulting in hallucinations or a significant disturbance in, or significant change to, motor function, thinking, behaviour, perception, awareness or mood, or (b) cause a state of dependence, including physical or psychological addiction”.

Warto tu odnotować dwie kwestie. Po pierwsze, jeżeli substancja będzie przedmiotem czynu jest substancją kontrolowaną w oparciu o przepisy o rodzajach odurzających lub substancjach psychotropowych (*Misuse of Drugs Acts 1971*), czyli jest umieszczona na stosownych wykazach stanowiących załączniki do tej ustawy, odpowiedzialność kar na ma miejsce na podstawie przepisów dotyczących tych substancji. Przepisy *Criminal Justice (Psychoactive Substances) Act 2010* mają więc niejako charakter klauzuli dopełniającej i pozwalają na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej w przypadku czynów dotyczących substancji nieznajdujących się w danym momencie w wykazach substancji niedozwolonych w danym momencie przedmiotem kontroli jako rodzki odurzające lub substancje psychotropowe. Po drugie, abstrahując od kwestii niesłychanych zagrożeń ustawowych nie w przypadku przestępstw narkotykowych stypizowanych w *Misuse of Drugs Acts 1971*, przepisy *Criminal Justice (Psychoactive Substances) Act 2010* nie przewidują odpowiedzialności karnej za samo posiadanie substancji psychoaktywnych, których dotyczy ta ustawa, przede wszystkim posiadanie niewielkich ilości przeznaczonych na własny użytek. Na kwestię tę zwraca się z regułą uwagę w literaturze, podkreślając, iż celem nowych rozwiązań było przede wszystkim stworzenie efektywnych instrumentów reakcji prawnokarnej w stosunku do osób prowadzących oficjalny handel nowymi substancjami psychoaktywnymi w tzw. *headshops*, czy *smartshops*, a także w internecie.

W sześć lat po wprowadzeniu zakazu blankietowego w Irlandii po bardzo zbliżone rozwiązanie sięgnięła Wielka Brytania, przyjmując dla całego terytorium Zjednoczonego Królestwa (a więc nie tylko Anglii i Walii, ale także Szkocji i Irlandii Północnej) specjalną ustawę *Psychoactive Substances Act 2016*⁸. Zgodnie z treścią art. 2 ust. 1 tej ustawy pojęcie substancji psychoaktywnej oznacza każdą substancję zdolną do wywoływania u człowieka efektu psychoaktywnego, która nie jest równocześnie substancją wyłączonej (*exempted substance*) spod działania przepisów ustawy. Pojęcie efektu psychoaktywnego jest zdefiniowane w ust. 2 tego przepisu. Zgodnie z jego treścią „substancja wywołuje efekt psychoaktywny, jeżeli przez wywieranie na ośrodkowy układ nerwowy wpływu stymulującego lub tłumiącego wpływa na psychikę jednostki lub jej stan emocjonalny”⁹. Ust. 3 omawianego przepisu określa nato-

⁸ Tekst ustawy dostępny na: www.legislation.gov.uk [stan na: 28.09.2017].

⁹ „(1) In this Act *psychoactive substance* means any substance which - (a) is capable of producing a psychoactive effect in a person who consumes it, and (b) is not an exempted substance (see section 3). (2) For the purposes of this Act a substance produces a psychoactive effect in a person if, by stimulating or depressing

miast pojęcie substancji wyłączonej, odsyłając w tym zakresie do stanowiska załącznika do ustawy wykazu nr 1 zawierającego enumeratywny wykaz takich substancji. Wykaz ten wymienia sześć substancji wyłączonych, czyli ich grup, a mianowicie: substancje kontrolowane jako środki odurzające lub substancje psychotropowe przez *Misuse of Drugs Act 1971*, produkty lecznicze (*medicinal products*) w rozumieniu odrębnych przepisów, alkohol, tytoń oraz wyroby tytoniowe, kofeina i produkty zawierające kofeina, oraz ywno. To ostatnie pojęcie oznacza jakkolwiek substancję normalnie konsumowaną jako ywno i niezawierającą zabronionych składników. Można więc powiedzieć, że brytyjski *Psychoactive Substances Act 2016* obejmuje kontrolę wszystko, co nie mieści się w pojęciu substancji wyłączonej w rozumieniu art. 2 ust. 3. Jeżeli taka substancja psychoaktywna nie jest środkiem odurzającym lub substancją psychotropową w rozumieniu *Misuse of Drugs Act 1971* (tj. nie figuruje na stosownych załącznikach do tej ustawy), to czynny polegający na jej produkcji, dostarczaniu lub oferowaniu jej dostarczenia, oraz posiadaniu celu wprowadzenia do obrotu, a także posiadaniu w instytucjach penitencjarnych, stanowi przestępstwo zagrożone grzywną i/lub pozbawieniem wolności do 12 miesięcy w przypadku skazania w postępowaniu uproszczonym (*summary conviction*) albo grzywną i/lub pozbawieniem wolności w przypadku skazania w postępowaniu na podstawie aktu oskarżenia (*conviction on indictment*)¹⁰. Jak więc widać ustawodawstwo brytyjskie, wprowadzając zakaz blankietowy, podobnie jak wcześniejsze rozwiązania irlandzkie, przewiduje w szerszym zakresie kryminalizacji niż tradycyjne przepisy dotyczące środków odurzających lub substancji psychotropowych, nie obejmuje bowiem posiadania na własny użytek. Równocześnie definicja pojęcia psychoaktywności jest jeszcze ogólniejsza niż w przypadku rozwiązań irlandzkich.

Jak wspomniano, w przeciwieństwie do rozwiązań irlandzkich, które nie odbiły się szerszym echem w literaturze, w Wielkiej Brytanii już w trakcie prac legislacyjnych poprzedzających przyjęcie nowych przepisów w 2016 r. rozpoczęła się krytyczna debata, mająca miejsce także w mediach, jak i w literaturze fachowej. W jej ramach zwrócono uwagę na dwie podstawowe kwestie. Pierwszą była kwestia nieprecyzyjności definicji pojęcia psychoaktywności. Niektórzy autorzy w ogóle poddawali w wątpliwość możliwość zdefiniowania tego pojęcia w sposób użyteczny

the person's central nervous system, it affects the person's mental functioning or emotional state; and references to a substance's psychoactive effects are to be read accordingly”.

¹⁰ S to zagrożenia za typy podstawowe. Ustawa przewiduje jednak także pewne modyfikacje tych sankcji za typy kwalifikowane i przywilejowane.

ny dla potrzeb prawa karnego¹¹ i zwracali uwagę na to, że w przypadku brytyjskim delegalizacja wszystkiego poza substancjami umieszczonymi w wykazie nr 1 do ustawy może prowadzić do kompletnie nieprzewidywalnych konsekwencji. Na przykład powstało pytanie czy w takim razie substancja psychoaktywna w rozumieniu nowych przepisów, a tym samym zabroniona, jest tzw. gaz rozwesalający (tlenek diazotu)? Odkryty jeszcze w XVIII w. ma niewątpliwie działanie psychoaktywne, aczkolwiek nikt do tej pory nie wpadł na pomysł traktowania go jako nielegalnego narkotyku. Ma on zresztą zastosowania nie tylko w anestezjologii, ale jest *explicite* dopuszczonym przez prawo europejskie dodatkiem (E942), do pewnych produktów żywnościowych¹². Przykładów takich substancji może być więcej i problem może pojawić się w zupełnie niespodziewanych przypadkach, których w momencie tworzenia wspomnianych przepisów nikt nie był w stanie przewidzieć. Jak stwierdził to Alex Stevens i współautorzy, „jest to przykład immanentnego problemu związanego z próbą zakazania wszystkiego, co ma właściwości psychoaktywne, a następnie tworzeniu wyjątków od tej reguły, zamiast kontrolowania substancji o określonych nazwach farmakologicznych lub botanicznych, czy o określonej strukturze molekularnej czy profilu ryzyka”¹³.

Abstrahując w tym momencie od kwestii czysto normatywnych związanych z ewentualnymi wątpliwościami dotyczącymi dopuszczalności opierania kryminalizacji na pojęciach (definicjach) tak nieostrych, mało precyzyjnych, które mogą budzić w niektórych krajach Europy kontynentalnej istotne wątpliwości, biorąc pod uwagę zasadę *nullum crimen sine lege* i jej immanentny składnik w postaci zasady ustawowej określoności czynu zabronionego. W dyskusji irlandzkiej czy brytyjskiej nie stanowiło to jakiegoś istotnego problemu, zapewne ze względu na odmienne od kontynentalnego podejście do tych zagadnień w teorii i praktyce prawa karnego. Zwracano jednak uwagę na możliwe wystąpienia poważnych problemów praktycznych i uwikłanie sądów w konieczność kazuistycznego rozstrzygania, czy jakie substancje – czy to relatywnie nieszkodliwe albo mające powszechne zastosowanie – są jednak objęte ustawą czy nie.

Drugim problemem, jaki wystąpił w ramach dyskusji nad brytyjskimi rozwiązaniami, była kwestia ewentualnej ich skuteczności, ich

¹¹ A. Stevens *et al.*, *Legally Flawed, Scientifically Problematic, Potentially Harmful. The UK Psychoactive Substances Bill*, „International Journal of Drug Policy” 2015, Vol. 26, No. 12, s. 1167-1170; a także P. Reuter, B. Pardo, *Can New Psychoactive... op. cit.*, s. 29.

¹² A. Stevens *et al.*, *Legally Flawed*, *op. cit.*, s. 1168.

¹³ *Ibidem*.

wpływu na dostępność nowych substancji psychoaktywnych. Na przykład Peter Reuter i Bryce Pardo¹⁴ zwrócili uwagę, iż problemy stwarzane przez nowe substancje psychoaktywne mogą mieć trojakić źródło. Pierwszym może być ich legalny status (do momentu delegalizacji), który stymuluje popyt i podaż, ponieważ obrót nimi oraz ich konsumpcja nie pociągają za sobą sankcji karnych. Drugim może być ich używanie przez niektóre osoby substancji psychoaktywnych, których nie można wykryć w organizmie za pomocą dostępnych testów. Może to mieć znaczenie w związku z coraz to powszechniejszym testowaniem przedstawicieli różnych zawodów na obecność w organizmie substancji psychoaktywnych. Trzecim wreszcie, może być szukanie przez niektórych użytkowników narkotyków nowych doznań. Autorzy ci podkreślają, że zapewne głównym źródłem problemu są czynniki związane z pierwszą grupą, a tutaj wpływ zakazu blankietowego może zależeć dodatkowo od wielu innych czynników.

Tak w przypadku Irlandii, jak i Wielkiej Brytanii zakaz blankietowy był traktowany przede wszystkim jako instrument rozwiązania problemu otwartej, niejako publicznej, dystrybucji nowych substancji psychoaktywnych w rozmaitych punktach sprzedaży detalicznej czy w internecie. Był to problem postrzegany przez rząd obu krajów jako wymagający szczególnie pilnego rozwiązania, bo jego brak pociągał za sobą szczególne szkody wizerunkowe. Państwo sprawiało wrażenie bezsilnego wobec „cwaniaków” znajdujących sposoby na efektywne „granie na nosie” władzom państwowym. W literaturze często napotkamy na opinię¹⁵, iż tak w Irlandii, jak i w Wielkiej Brytanii nowe ustawodawstwo rzeczywiście przyczyniło się do zniknięcia wisko ci *headshops*, bo taka działalność prowadzona oficjalnie, niejako publicznie, stała się zbyt ryzykowna. Oczywiście można to uznać za sukces. Ale jaki to miało wpływ na popyt, podaż, rozmiary konsumpcji oraz negatywne konsekwencje dla zdrowia publicznego? Tutaj sprawa nie jest już tak jasna. W odniesieniu do popytu krótki okres obowiązywania uregulowań brytyjskich nie pozwala w tej chwili na wyliczanie jakichkolwiek jednoznacznych wniosków, brak jest bowiem w tym zakresie niezbitych danych.

W stosunku do obowiązyujących już sześć lat rozwiązania irlandzkich dostępnych pewne fragmentaryczne dane, ale mają one wysoce niejednoznaczny, wręcz sprzeczny, charakter. Na przykład Reuter i Pardo¹⁶ przy-

¹⁴ P. Reuter, B. Pardo, *Can New Psychoactive... op. cit.*, s. 26, oraz *idem*, *New Psychoactive Substances. Are There any Good Options for Regulating New Psychoactive Substances?*, „International Journal of Drug Policy” 2017, Vol. 40, s. 118.

¹⁵ P. Reuter, B. Pardo, *Can New Psychoactive... op. cit.*, s. 28.

¹⁶ *Ibidem*.

taczają wyniki przeprowadzonych na próbie krajowej, ale o niewielkich rozmiarach, bada Eurobarometru z 2012 r., wskazując, że zakaz blankietowy nie wywarł żadnego istotnego wpływu na poziom konsumpcji nowych substancji psychoaktywnych, a w Irlandii pozostaje on na poziomie znacznie wyższym niż w innych krajach europejskich, czyli 22% respondentów przyznających się do kontaktów z tymi substancjami wobec przeciętnej europejskiej 8%. Natomiast Bobby Smyth¹⁷ przytacza wyniki badań epidemiologicznych wskazujących na to, że po 2010 r. nastąpił jednak poważny spadek odsetka respondentów przyznających się do kontaktów z tymi substancjami: w latach 2010 i 2011 (a więc gdy odpowiedzi dotyczyły okresu przed wejściem w życie nowych regulacji) wśród osób w wieku od 15 do 24 lat odsetek ten wynosił 9,7%, a wśród osób w wieku od 25 do 34 lat 4,6%. Te same badania powtórzone w latach 2014 i 2015 wskazują na spadek rozmiarów konsumpcji do odpowiednio 1,9% i 1,3%, co mogło wynikać tak ze zmniejszonej dostępności, jak i redukcji popytu na te substancje, które można było uzyskać tylko na czarnym rynku.

W odniesieniu do podanych nowych substancji psychoaktywnych brak jest jakichkolwiek jednoznacznych danych i można tutaj co najwyżej pokusić się o pewne rozważania teoretyczne i spekulacje dotyczące ewentualnego wpływu zakazu blankietowego. Rzecz w tym, że wiedza na temat mechanizmów rządzących rynkiem tych substancji jest bardzo ograniczona. Podstawowym problemem funkcjonowania tego rynku jest pytanie o charakter aktorów odgrywających na nim kluczowe role.

Czy w import i dystrybucję nowych substancji psychoaktywnych uwikłane są przede wszystkim istniejące i mające już jaką pozycję na nielegalnym rynku narkotyków grupy przestępcze, które w ten sposób poszerzają jedynie asortyment oferowanych towarów, a więc czy rynki tradycyjnych narkotyków i nowych substancji psychoaktywnych są ze sobą mniej lub bardziej wzajemnie połączone i czy wręcz stanowi jedno? Czy te rynki też są od siebie jednak mniej lub bardziej odseparowane, bo import i dystrybucja nowych substancji psychoaktywnych to przede wszystkim dzieło rozmaitych wolnych strzelców i niezależnych „przedsiębiorców” niemających powiązań ze zorganizowaną przestępczością i angażujących się w handel tymi substancjami tylko dlatego, że jest to działalność nominalnie legalna, a więc nienarażająca na odpowiedzialność karną, a dająca duże możliwości osiągnięcia znacznych zysków?

¹⁷ B. Smyth, *New Psychoactive Substances in Ireland Following the Criminal Justice (Psychoactive Substances) Act - Why All the Pessimism?*, „Addiction” 2017, Vol. 112, No. 9, s. 1186.

W literaturze znaleźć można dowody przemawiające tak za pierwszym, jak i za drugim sytuacją, aczkolwiek najważniejsze raporty Europejskiego Centrum Monitorowania Narkotyków i Narkomanii i Interpolu wskazują na to, że między tradycyjnym rynkiem narkotyków a rynkiem nowych substancji psychoaktywnych występuje coraz to więcej powiązań, a więc mamy tutaj zapewne do czynienia z ewolucją od pierwotnej niezależności obu rynków do ich jednoczenia¹⁸. Ma to o tyle znaczenie, że delegalizacja nowych substancji psychoaktywnych przez zakaz blankietowy może być efektywna przede wszystkim w stosunku do wspomnianych niezależnych „przedsiębiorców” korzystających z okazji zrobienia nominalnie legalnego interesu. Osoby takie mogą jednak nie być gotowe na podjęcie ryzyka działalności groźniejszej jednoznacznie odpowiedzialności karną. Dla nich zakaz blankietowy może oznaczać podjęcie decyzji o zaprzestaniu działalności. Natomiast dla osób, które i tak są już uwikłane w działalność na nielegalnym rynku narkotykowym, zakaz blankietowy może nie być jakimkolwiek czynnikiem odstrasżającym. Osoby te są już przyzwyczajone do podejmowania określonego typu ryzyka związanego z działalnością na czarnym rynku narkotyków, a więc poszerzenie asortymentu o dodatkowe substancje nielegalne nie będzie dla nich jakimś szczególnym problemem. Inaczej mówiąc, w przypadku pierwszej kategorii aktorów rynkowych zakaz blankietowy może pociągać za sobą zamknięcie oficjalnych punktów dystrybucji detalicznej i wycofanie się z interesu, co może mieć wpływ na podaż nowych substancji psychoaktywnych. Osoby te nie będą zapewne skłonne do przenoszenia swego interesu do podziemia. W konsekwencji może to niektóre z tych substancji całkowicie wyeliminować z rynku. Ale jeżeli na jakieś spośród nich popyt będzie nadal istniał (np. ze względu na ich szczególne efekty, niszowe ceny itp.) zakaz blankietowy może spowodować co najwyżej wciągnięcie ich zepchnięcie do podziemia i przejście obrotu nimi przez istniejące zorganizowane grupy przestępcze i przeniesienie handlu nimi na czarny rynek. Wówczas podaż może nie ulegć jakimkolwiek zmianom, a nawet może wzrosnąć¹⁹. Nie ma więc żadnych gwarancji, że zakaz blankietowy jest zdolny rozwiązać w radykalny sposób wszelkie problemy stwarzane przez nowe substancje psychoaktywne, poza rozwinięciem problemu otwartego nimi handlu. To oczywiście nie może być całkowicie bagatelizowane. Nie można jednak wykluczyć, że w wielu wypadkach oddziaływanie zakazu blankietowego będzie rów-

¹⁸ *Drug Markets Report. In-depth Analysis*, European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction and Europol, Luxembourg 2016.

¹⁹ Por. K. Krajewski, *The Unbearable Lightness of Simplicity. Commentary on Reuter & Pardo*, „Addiction” 2017, Vol. 112, No. 1, s. 33-34.

noznaczne z „pozamiataniem problemu pod dywan”, a nie z jego rzeczywistym rozwiązaniem.

W kontekście powyższych rozważań warto przyjrzeć się dokładniej rozwiązaniom funkcjonującym w odniesieniu do nowych substancji psychoaktywnych w Polsce, tym bardziej że – jak to już wspomniano – w literaturze anglojęzycznej Polska jest wymieniana jako jeden z krajów, w których taki zakaz funkcjonuje²⁰. Reakcja polskiego rządu i ustawodawcy na fenomen nowych substancji psychoaktywnych zwanych dopalaczami i, praktycznie rzecz biorąc, nieskrępowany handel nimi w stacjonarnych punktach sprzedaży detalicznej²¹ obejmowała dwa rodzaje działań²².

Pierwszym było uzupełnianie wykazów kontrolowanych rodków odurzających i substancji psychotropowych stanowiących załączniki do ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii²³ przez kolejne nowelizacje tej ustawy. Dotychczas mieliśmy do czynienia z czterema kolejnymi uzupełnieniami tych wykazów. Zapoczątkowała je nowelizacja z dnia 20 marca 2009 r. (objała 2 substancje i 16 rodzajów)²⁴, po której przyszła kolej na trzy kolejne: nowelizacja z dnia 10 lipca 2010 r. (objała 7 substancji)²⁵, nowelizacja z dnia 15 kwietnia 2011 r. (objała 23 substancje)²⁶ oraz nowelizacja z dnia 24 kwietnia 2015 r. (objała 114 substancji)²⁷.

Drugim rodzajem działań była podjęta w październiku 2010 r. decyzja Głównego Inspektoratu Sanitarnego o zamknięciu wszystkich sklepów z dopalaczami i towarzyszącej jej nowelizacja ustawy o Państwowej Inspekcji Sanitarnej i ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Ta ostatnia zmieniła zawartą w art. 4 pkt 27 u.p.n. definicję pojęcia rodka za-

²⁰ P. Reuter, B. Pardo, *Can New Psychoactive..., op. cit.*, s. 28; A. Stevens *et al.*, *Legally Flawed..., op. cit.*, s. 1167.

²¹ Por. K. Grabowski, *Kryminalizacja czynów mających za przedmiot dopalacze*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, R. 14, z. 2, s. 119-138.

²² Dokładniej na ten temat por. K. Krajewski, *Kontrolować czy nie, a jeśli tak to w jaki sposób? Wyzwania związane ze zjawiskiem nowych substancji psychoaktywnych*, „Archiwum Kryminologii” 2016, t. 37, s. 47-50.

²³ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2005 r. Nr 179, poz. 1485 ze zm.), dalej także jako u.p.n.

²⁴ Ustawa z dnia 20 marca 2009 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2009 r. Nr 63, poz. 520).

²⁵ Ustawa z dnia 10 czerwca 2010 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i Państwowej Inspekcji Sanitarnej (Dz.U. z 2010 r. Nr 143, poz. 962).

²⁶ Ustawa z dnia 1 kwietnia 2011 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2011 r. Nr 117, poz. 678).

²⁷ Ustawa z dnia 24 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r. poz. 875).

st pczego oraz wprowadziła norm administracyjnoprawn zakazuj c wytwarzania i wprowadzania do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej tych e rodków zast pczych (art. 44b u.p.n.). Nie ulega najmniejszej w tpliwo ci, i przepis art. 44b u.p.n. mo e by traktowany jako realizacja zakazu blankietowego. W jego dzisiejszym brzmieniu²⁸ statuuje on bowiem zakaz wytwarzania na terytorium RP nowych substancji psychoaktywnych oraz rodków zast pczych. Zgodnie z przepisem art. 4 pkt 11a u.p.n. nowe substancje psychoaktywne to kategoria zamkni ta, a mianowicie substancje umieszczone w wykazie stanowi - cym zał cznik do stosownego rozporz dzenia Ministra Zdrowia (a nie w zał cznikach do ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii). Uczynienie tego wykazu zał cznikiem do rozporz dzenia, a nie do samej ustawy, miało na celu umo liwienie szybszej reakcji na pojawianie si na rynku nowych substancji w drodze zmieniania rozporz dzenia, bez potrzeby nowelizowania ustawy. Natomiast poj cie rodka zast pczego pozostaje niejako dopełniaj c kategori otwart . rodkiem takim jest bowiem zgodnie z art. 4 pkt 27 u.p.n. ka dy produkt zawieraj cy co najmniej jedn now substancj psychoaktywn lub inn substancj o podobnym działaniu na o rodkowy układ nerwowy, który mo e by u tyty zamiast rodka odurzaj cego lub substancji psychotropowej lub w takich samych celach jak rodek odurzaj cy lub substancja psychotropowa, których wytwarzanie i wprowadzanie do obrotu nie jest regulowane na podstawie przepisów odr bnych. Oznacza to w gruncie rzeczy rozwi - zanie podobne do irlandzkiego czy brytyjskiego. Zakazane s wszystkie substancje o działaniu na o rodkowy układ nerwowy poza tymi, które s dopuszczone do takich czy innych form obrotu na podstawie odr bnych przepisów.

Rozwi zaniu polskiemu towarzyszy jednak jedna zasadnicza ró nica w stosunku do uregulowa irlandzkich czy brytyjskich, maj ca w dodatku do fundamentalny charakter. Ani poj cie nowej substancji psychoaktywnej, ani rodka zast pczego nie stało si bowiem znamieniem adnego spo ród czynów zabronionych pod gro b kary stypizowanych w rozdziale 7 u.p.n. Nie stworzono tak e adnych odr bnych typów przest pstw penalizuj cych czynno ci, których przedmiotem s te wła - nie substancje, tj. nowe substancje psychoaktywne lub rodki zast p - cze. Norm sankcjonuj c w stosunku do przepisu art. 44b u.p.n. nie stał si przepis o charakterze prawnokarnym, lecz norma administracyjnoprawna, a mianowicie art. 52a u.p.n. przewiduj cy w przypadku wytwarzania lub wprowadzania do obrotu na terytorium Rzeczypospo -

²⁸ Po kolejnej nowelizacji dokonanej ustaw z dnia 24 kwietnia 2015 r.

litej Polskiej nowych substancji psychoaktywnych lub rodków zastpczych kar pieni n w wysoko ci od 20 tys. zł do miliona zł. Jest to sankcja o charakterze administracyjnym nakładana przez organy Państwowej Inspekcji Sanitarnej w post powaniu maj cym administracyjny charakter.

W ten sposób nowe substancje psychoaktywne i rodki zastpcze stały si rzeczywi cie przedmiotem zakazu blankietowego, ale znalazły si pod kontrol re imu o charakterze administracyjnoprawnym, realizowanego przez organy administracji rz dowej, a nie pod kontrol prawnokarn realizowan przez organa cigania i wymiaru sprawiedliwo ci. Mo na wi c powiedzie , e w Polsce zakazowi blankietowemu towarzyszy jednoznaczna dwutorowo jego egzekwowania. Z jednej strony w stosunku do rodków odurzaj cych i substancji psychotropowych mamy do czynienia z tradycyjnymi prawnokarnymi normami sankcjonuj cymi, z drugiej za w stosunku do nowych substancji psychoaktywnych i rodków zastpczych normy sankcjonuj ce maj charakter czysto administracyjny. W krajach takich jak Irlandia czy Wielka Brytania zakazowi blankietowemu tak e towarzyszy pewna dwutorowo kontroli polegaj ca na tym, e w stosunku do substancji psychoaktywnych nieumieszczonych na wykazach rodków odurzaj cych lub substancji psychotropowych obowiu zuj odr bne normy sankcjonuj ce prawa karnego, przewiduj ce w szy zakres kryminalizacji (brak kryminalizacji posiadania na własny u ytek) oraz odmienne sankcje (łagodniejsze ni w przypadku czynów, których przedmiotem s tradycyjne narkotyki). Ale te normy sankcjonuj ce maj zawsze charakter prawnokarny.

Powody, dla których polski ustawodawca zdecydował si na wspomniany dualizm kontroli (i dla których zapewne zakaz blankietowy w zasadzie nie pojawił si dotychczas w krajach spoza kr gu *common law*), zdaj si oczywiste. W okresie tworzenia aktualnie obowiu zuj cych rozwi za ustawodawca wci jeszcze brał na serio podstawowe zasady pa stwa prawa i kierował si normami Konstytucji RP. W zwi zku z tym wprowadzenie prawnokarnych norm sankcjonuj cych zawieraj cych poj cie nowej substancji psychoaktywnej, które byłoby definiowane na poziomie zał cznika do rozporz dzenia ministra zdrowia, a nie ustawy, oraz poj cie rodka zastpczego maj ce całkowicie otwarty, niedookre lony charakter, musiało rodzi powa ne dylematy natury konstytucyjnej. W ka dym razie działaj c w okresie, gdy Trybunał Konstytucyjny wypełniał jeszcze w normalny sposób swój ustrojow rol , ustawodawca musiał zdawa sobie spraw z jak najbardziej realnych w tpliwo ci dotycz cych tego, czy w obu wypadkach spełnione s wymogi ustawowej okre lono ci czynu zabronionego pod gro b kary,

wynikające z treści art. 42 ust. 1 Konstytucji RP²⁹ oraz art. 1 ust. 1 k.k.³⁰ Stąd zapewne ograniczenie się do norm sankcjonujących o charakterze administracyjnoprawnym, aczkolwiek nie można wykluczyć, że pewną rolę odegrała tutaj także powściągliwość w stosowaniu sankcji karnej.

Inną sprawą jest kwestia, czy ta odpowiedzialność administracyjna o czysto finansowym charakterze może mieć teoretycznie wręcz drastyczny charakter, ze względu na wysokość groźby kary finansowej. Oczywiście sankcje te mają dotyczyć sprawców czerpiących korzyści ze swojej „działalności biznesowej” i jako takie, jeżeli stosowane i egzekwowane konsekwentnie, mogą być bardzo efektywne. Nie zmienia to jednak faktu, że mamy tu do czynienia z budzącą rozmaite wątpliwości tendencją do posługiwania się zastępczo bardzo nawet surowymi sankcjami administracyjnymi w sytuacjach, w których ze względów natury konstytucyjnej albo innych nie za bardzo można odwołać się do sankcji karnych. Niby jest to odpowiedzialność innej rangi niż odpowiedzialność karna, ale może ona okazać się w praktyce o wiele bardziej dolegliwa, mimo że jest realizowana według innych standardów proceduralnych niż odpowiedzialność karna.

Pozostaje oczywiście kwestia oceny skuteczności rozwiązań polskich w porównaniu do rozwiązań irlandzkich czy brytyjskich. Pytanie natury ogólnej dotyczy generalnie możliwości rozwiązania problemu nowych substancji psychoaktywnych, w tym za pomocą zakazów blankietowych. Pesymizm w tym zakresie wydaje się niestety uzasadniony: biorąc pod uwagę możliwości współczesnej chemii, nadzieja na zlikwidowanie problemu jest raczej płonna. Ale może powstać pytanie, czy rozwiązanie polskie rezygnujące ze stosowania sankcji karnych wobec osób zajmujących się importem, wytwarzaniem, handlem i innymi formami obrotu nowymi substancjami psychoaktywnymi lub rodkami zastępczymi i porzeczające w tym zakresie na sankcjach finansowych o charakterze administracyjnym jest mniej skuteczne niż rozwiązanie irlandzkie czy brytyjskie odwołujące się w tym zakresie jednak do sankcji karnych. Trudno tutaj o jednoznaczne oceny, jako że brak jest danych umożliwiających dokonywanie jednoznacznych porównań. Jak wspomniano, w odniesieniu do konsekwencji wprowadzenia zakazu blankietowego w Irlandii i Wielkiej Brytanii podkreśla się jego ewentualną efektywność w odniesieniu do problemu oficjalnego, publicznego funkcjonowania stacjonarnych punktów detalicznej dystrybucji nowych substancji psychoaktywnych. Zakaz spowodował, iż w obu krajach takie punkty

²⁹ Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

³⁰ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 ze zm.).

praktycznie zniknęły z przestrzeni publicznej, co zapewne nie oznacza jednak ich całkowitego zniknięcia. Handel tymi substancjami przeniósł się natomiast w znacznym stopniu do internetu, gdzie jest o wiele trudniejszy do efektywnej kontroli. Wydaje się, iż zakaz blankietowy może być więc skuteczny w odniesieniu do fenomenu *headshops*. W odniesieniu do handlu w internecie, nie mówię o handlu ulicznym, takim jak w przypadku tradycyjnych narkotyków, jego skuteczność może być iluzoryczna. Ale czy w takim razie polski model nieodwołujący się w tym zakresie do sankcji karnych jest mniej skuteczny? Czy gdyby jednak odwołał się również w Polsce do norm sankcjonujących o charakterze prawnokarnym (czy to przez włączenie znamion nowej substancji psychoaktywnej oraz rodzaju zastępczego do zespołu ustawowych znamion przestępstw stypizowanych w ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii czy też przez stworzenie nowych typów przestępstw dotyczących tylko tych dwóch grup substancji), przeciwdziałanie dystrybucji dopalaczy stałoby się bardziej efektywne? Wydaje się, iż problem oficjalnie funkcjonujących sklepów z dopalaczami w znacznym stopniu rozwiązała przede wszystkim decyzja Głównego Inspektoratu Sanitarnego z października 2010 r. o ich hurtowym zamknięciu, a administracyjnoprawny zakaz blankietowy nie pozwolił na ich nieskrępowane odradzanie się. Oczywiście wiadomo, że takie punkty wciąż funkcjonują, ale na pewno w przytłaczającej większości wypadków nie w sposób tak jawny i publiczny jak do jesieni 2010 r., a ich liczba pozostaje niewielka w stosunku do szczytowego okresu w 2010 r., gdy szacowano ją na ok. 1300. Nie wydaje się, aby dalsze zaostrzenie represji przez przejście na odpowiedzialność karną analogiczną do rodzajów odurzających i substancji psychotropowych przyniosło tutaj jak zdecydowane zmiany w postaci ostatecznego rozwiązania problemu. Co najwyżej może to doprowadzić do coraz to głębszego spychania tej działalności do podziemia i coraz bardziej konsekwentnego unifikowania nielegalnego rynku dopalaczy z tradycyjnym czarnym rynkiem narkotyków. Można mieć zasadnicze wątpliwości, czy będzie to efekt pożądaný.

Nie ulega natomiast wątpliwości, iż dotychczasowy model administracyjnoprawnego egzekwowania zakazu blankietowego w Polsce ma jeden istotny mankament. Wskazuje na to wyraźnie opublikowany niedawno raport Najwyższej Izby Kontroli zawierający wyniki kontroli realizacji przepisów dotyczących walki z dopalaczami. Rzecz sprowadza się do jednoznacznej niewydolności systemu w zakresie egzekwowania nałożonych kar finansowych. Jak podaje raport, w latach 2011-2016 skontrolowane przez Najwyższą Izbę Kontroli państwowe powiatowe stacje sanitarno-epidemiologiczne nałożyły kary finansowe w łącznej

kwocie 13,1 mln zł. Wyegzekwowa , w tym w drodze egzekucji, udało si jednak w tym okresie zaledwie 0,6 mln zł, tj. 4,8% łącznej sumy nałożonych kar finansowych³¹. Nie ulega wątpliwości, że jest to efektywno niezwykle niska, a ukarane osoby i podmioty stosuj zapewne różne skuteczne sposoby unikania egzekucji. Z tego punktu widzenia można twierdzić, że egzekwowanie odpowiedzialności karnej może być prostsze, aczkolwiek równie uprawnione jest twierdzenie, że by może istnieć sposoby na poprawienie efektywności egzekwowania kar finansowych, które mogłyby być nawet efektywniejsze w zniechęcaniu do prowadzenia tego typu „działalności biznesowej”. Problem w tym, że niestety niezależnie od tego, jak metod egzekwowania zakazu blankietowego przyjmiemy, jego skuteczność będzie zapewne ograniczona przede wszystkim do publicznego handlu detalicznego nowymi substancjami psychoaktywnymi, prowadząc jednak często do spychania zjawiska do coraz to głębszego podziemia. Dla polityków może to być oczywiście niezwykle atrakcyjna opcja, nawet jeżeli w rzeczywistości oznacza jedynie wspomniane wcześniej „zamiatanie problemu pod dywan”.

³¹ *Przeciwdziałanie sprzedaży dopalaczy. Informacja o wynikach kontroli*, Najwyższa Izba Kontroli, 2017, s. 30, raport dostępny na: www.nik.gov.pl [stan na: 1.10.2017].

Agnieszka Kubiak-Cyrul, Janusz Szwaja

Wzorce umowne w projekcie rozporządzenia UE w sprawie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży

Wprowadzenie

W październiku 2011 r. Komisja Europejska przedstawiła propozycję wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży¹. Miała ona na celu stworzenie opcjonalnego reżimu prawnego dla handlu transgranicznego w Unii Europejskiej, w szczególności w zakresie regulacji umowy sprzedaży. Była ona wynikiem wielu lat badań i dyskusji w gronie wybitnych specjalistów z zakresu prawa prywatnego, będących przedstawicielami większości państw członkowskich Unii Europejskiej². Stanowiła ona istotny krok w kierunku urzeczywistnienia idei stworzenia

¹ Wniosek Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży (KOM/2011/0635 wersja ostateczna - 2011/0284 [COD]), dalej jako CESLR. Załącznik I - Wspólne europejskie przepisy dotyczące sprzedaży, dalej jako CESL.

² Zob. A. Colombi Ciacchi, *Contents and Effects of Contracts: Lessons to Learn from the CESL*, [w:] *Contents and Effects of Contracts-Lessons to Learn From The Common European Sales Law*, ed. eadem, Cham (Switzerland) 2016, s. 3 i nast.; A.S. Gomes, *The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law (CESL). An Introduction*, [w:] *European Perspectives on the Common European Sales Law*, eds J. Plaza Penadés, L.M. Martínez Velencoso, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London 2015, s. 1 i nast.

europejskiego prawa kontraktów. Propozycja ta nie uzyskała jednak wymaganego poparcia. Komisja Europejska w grudniu 2014 r. wycofała projekt i ogłosiła podjęcie prac nad nowymi przepisami³. Do dnia dzisiejszego nie pojawiła się jednak nowa propozycja tak dalece unifikująca prawo umów. Warto jednak zwrócić uwagę na rozważania prawne, które proponowane były w treści tego projektu. Wiele z nich stanowi nowość w regulacjach zobowiązań umownych na poziomie Unii Europejskiej i stanowi mój wskazówek co do pożądanego kierunku legislacji europejskiego prawa umów. W szczególności ciekawy jest projekt regulacji zawierania umowy z wykorzystaniem wzorca umownego, dotychczas pozostający poza domeną prawa wewnętrznego państw członkowskich.

Posługiwanie się wzorcem umownym związane jest z zawieraniem umowy adhezyjnej. Główne problemy identyfikowane w praktyce i teorii prawa w tym zakresie dotyczą skutecznej inkorporacji wzorca w procesie zawierania umowy, zasad interpretacji jego postanowień i wreszcie kontroli treści wzorca umownego co do jego uczciwości.

Dotychczasowa harmonizacja prawa w Unii Europejskiej obejmowała przede wszystkim ostatnie zagadnienie dotyczące kontroli wzorców⁴. Jednakże z uwagi na dynamiczny rozwój transgranicznych stosunków handlowych szczególnie pilne wydaje się obecnie spójne uregulowanie zasad udostępniania i inkorporacji wzorca umownego do umów zawieranych w ramach jednolitego rynku. Jest to szczególnie istotne w kontekście ochrony konsumenta nabywającego towary i usługi za pośrednictwem internetu. Stąd też przybliżenie rozważań zaproponowanych w projekcie CESL w tym zakresie stanowi mój punkt wyjścia dla dyskusji na temat możliwości wprowadzenia rozważań w prawie unijnym w przyszłości.

Podkreślenia należy, że rozważania polskiego ustawodawcy dotyczące zasad posługiwania się wzorcami umownymi od początku należały do wiodących w Europie. Już bowiem w 1933 r. w kodeksie zobowiązań znalazło się na przykład przepisy dotyczące wzorców umownych⁵. Zgodnie

³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Commission Work Programme 2015, A New Start. 16 December 2015, COM(2014) 910 final. Annex II: List of withdrawals or modifications of pending proposals.

⁴ Dyrektywa Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz.Urz. WE L 95 z 21.04.1993, s. 29), dalej jako dyrektywa 93/13/EWG.

⁵ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. - Kodeks zobowiązań (Dz.U. z 1933 r. Nr 82, poz. 598).

z art. 71 § 1 kodeksu zobowi. za regulamin wydany przez jedn. ze stron wi. e drug. stron. tylko wówczas, gdy został jej dor. czony przy zawarciu umowy, a je. eli posługiwanie si. regulaminem jest zwyczajowo w danych stosunkach przyj. te. - tak e. wówczas, gdy druga strona mogła z łatwo ci. dowiedzie. si. o tre. ci regulaminu. Wskazane tu zasady inkorporacji wzorca umownego odnale. mo. na w obecnie obowiązuj. cym kodeksie cywilnym w art. 384⁶. Stanowiły one równie. ró. dło inspiracji dla innych pa. stw europejskich⁷.

Poj. cie wzorców umownych w CESL

Definicja wzorca umownego znajduje si. w art. 2 (d) CESLR. Zgodnie z ni. wzorec umowy oznacza postanowienia umowne opracowane z wyprzedzeniem dla transakcji z udziałem ró. nych stron, które nie zostały indywidualnie uzgodnione przez strony. O tym, kiedy mo. na uzna. , e postanowienie nie było indywidualnie negocjowane, rozstrzyga natomiast art. 7 CESL. Stanowi on w § 1, e postanowienie umowne nie było indywidualnie uzgodnione, je. eli zostało zaproponowane przez jedn. ze stron, a druga strona nie mogła mie. wpływu na jego tre. . Podobnie, je. eli jedna strona proponuje drugiej stronie postanowienia umowne, spo. ród których druga strona mo. e dokona. wyboru, postanowienie nie jest uznawane za uzgodnione indywidualnie jedynie dlatego, e druga strona wybrała dane postanowienie spo. ród zaproponowanych. W ten sposób podj. to prób. przeciwdziałania obchodzeniu zasady okre. lonej w § 1 przez stworzenie iluzji, e w wyniku dokonania wyboru spo. ród przedstawionych klauzul miały miejsce indywidualne negocjacje. Zasadniczo nie ma równie. znaczenia, czy wzorec przygotował przedsi. biorca czy te. bran. owa organizacja. W obrocie konsumenckim postanowienia umowne przygotowane przez osob. trzeci. s. uwa. ane za zaproponowane przez przedsi. biorc. , chyba e to konsument wprowadził je do umowy. Ponadto art. 7 CESL wskazuje równie. , na kim spoczywa ci. ar dowodu. Zgodnie z art. 7 § 4 CESL w umowie pomi. dzy przedsi. biorc. a konsumentem na przedsi. biorcy spoczywa ci. ar dowodu, e postanowienie umowne przez niego zaproponowane było uzgodnione indywidualnie.

⁶ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 90 ze zm.).

⁷ Por. art. 1341 włoskiego kodeksu cywilnego z 1942 r. (Codice civile, Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262).

Podkreśli należy, że pojęcie wzorca umownego nie było dotychczas przedmiotem regulacji unijnych. Jedynie zasady wskazywania postanowień niezgodzonych indywidualnie określone zostały w art. 3 ust. 2 dyrektywy 93/13/EWG na potrzeby regulacji dotyczącej kontroli nieuczciwego charakteru warunków umownych w obrocie konsumenckim. Z uwagi na minimalny charakter wspomnianej dyrektywy przepisy krajowe poszczególnych państw członkowskich różniły się w tym zakresie. Cięższa harmonizacja prawa unijnego jest więc pożądana, szczególnie w transgranicznym obrocie konsumenckim. Sposób uregulowania w CESL pojęcia wzorca umownego, nienegocjowanych indywidualnie postanowień umownych oraz rozkładu ciężaru dowodu w tej kwestii koresponduje z regulacjami w prawie polskim⁸. Stanowi on mógłby z powodzeniem ogólną regułę wspólną dla wszystkich państw członkowskich.

Zasady udostępniania wzorca umownego w obrocie konsumenckim na podstawie CESL

Do zawarcia umowy bez podejmowania negocjacji dochodzi zwykle w sytuacji nierównowagi sił pomiędzy stronami, która umożliwia narzucenie słabszej stronie warunków umownych przygotowanych przez stronę silniejszą. Taka sytuacja stanowi uzasadnienie dla ingerencji legislatora. Pierwszym etapem ochrony słabszej strony tak zawieranej umowy jest ustanowienie ogólnych zasad udostępniania nienegocjowanych warunków umowy. Proponowana regulacja opiera się na założeniu, że przedsiębiorca nie może powołać się na wzorzec umowny, o którego istnieniu nie poinformował drugiej strony. Z drugiej strony konsument powinien mieć wiadomo, że zawiera umowę, w której jego prawa i obowiązki w dużym stopniu reguluje wzorzec umowny przygotowany przez przedsiębiorcę.

Ogólne zasady udostępniania wzorców umownych określone zostały w art. 70 CESL⁹. Stanowi on, że przedsiębiorca może powołać się na standardowe warunki umowy wobec drugiej strony tylko wtedy, gdy druga strona wiedziała o nich lub gdy strona je proponując podjęła zasadne kroki, by zwrócić na nie uwagę drugiej strony przed zawarciem umo-

⁸ Zamiast wielu: M. Bednarek, *Wzorce umowne*, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2013.

⁹ Szerzej na ten temat: P. Hellwege, L. Miller, *Control of Standard Contract Terms*, [w:] *The Common European Sales Law in Context. Interactions with English and German Law*, eds G. Dannemann, S. Vogenauer, Oxford 2013, s. 430 i nast.

wy lub w momencie jej zawierania. Przepis ten dotyczy zarówno umów zawieranych w obrocie gospodarczym, jak i w obrocie konsumenckim. Jednakże w stosunkach między przedsiębiorcą a konsumentem nie jest wystarczające zwrócenie uwagi konsumenta na postanowienia umowne przez zwykłe odniesienie się do nich w dokumencie umowy, nawet jeżeli konsument podpisuje ten dokument.

Obowiązek zwrócenia uwagi na postanowienia umowne niezgodnie indywidualnie ma charakter obligatoryjny i nie może zostać wyłączony lub zmodyfikowany na korzyść konsumenta. Nie oznacza on jednak, że przedsiębiorca ma generalny obowiązek dostarczenia konsumentowi wzorca umownego. Powinien on raczej zwrócić jego uwagę na istnienie wzorca i umożliwić mu zapoznanie się z jego treścią. W tym celu podjąć on musi zasadne kroki (*reasonable steps*)¹⁰. Trudno obecnie ustalić, co oznacza to w świetle omawianego artykułu. Z pewnością wskazanie przykładowego katalogu konkretnych sposobów skutecznego notyfikowania istnienia wzorca umownego konsumentowi, szczególnie w obrocie elektronicznym, byłoby po dane. Zaskakuje jednak brak wymogu zagwarantowania w obrocie elektronicznym dostępu do wzorca w formie umożliwiającej jego skopiowanie na urządzenie konsumenta lub zabezpieczenia jego treści w sposób umożliwiający późniejsze odwołanie się do jego treści.

Poza kwestiami związanymi z udostępnianiem wzorca umownego treść art. 70 CESL nie zawiera wyraźnych zasad inkorporacji wzorca do umowy. Można wobec tego uznać, że ogólne zasady zawierania umowy określone w innych przepisach CESL będą miały zastosowanie także do umów zawieranych z wykorzystaniem wzorca. Postulować należy jednak wprowadzenie wyraźnych przepisów określających zasady inkorporacji wzorca umownego bezpośrednio w przepisach dotyczących wzorców, gdy obecny mechanizm stwarza wiele kontrowersji szczególnie w handlu transgranicznym. Na marginesie zwrócić należy uwagę na rozproszenie przepisów dotyczących wzorców umownych w tekście CESL i ich fragmentaryczność, co nie sprzyja spójnej ich interpretacji.

¹⁰ Oficjalne tłumaczenie polskie treści tego przepisu wymaga korekty. Na marginesie zwrócić należy uwagę, że zasady dokonywania rozsądnej oceny wskazane zostały w art. 5 CESL. Stanowi on, iż oceny tego, czy coś jest rozsądne, dokonuje się obiektywnie, uwzględniając charakter i cel umowy, okoliczności sprawy oraz zwyczaje i praktyki w danych branżach lub zawodach.

Zasady inkorporacji wzorca umownego w obrocie konsumenckim na podstawie CESL

Zgodnie z art. 30 CESL umowa zostaje zawarta, jeżeli strony osiągnęły porozumienie. Porozumienie zostało osiągnięte w momencie przyjęcia oferty, które może być wyrażone lub nastąpi przez inne oświadczenia lub zachowanie stron. Na podstawie art. 34 CESL nie ma wątpliwości, że milczenie lub bezczynność nie stanowi same w sobie przyjęcia oferty. Uznajemy, że w chwili przyjęcia oferty oblat powinien mieć możliwość ustalenia jej treści, w szczególności powinien móc zapoznać się z wzorcem umownym notyfikowanym mu przez oferenta zgodnie z art. 70 CESL. Jeżeli obie strony mają zamiar posłużyć się własnymi wzorcami umownymi w celu zawarcia umowy, należy zastosować reguły określone w art. 39 CESL. Po pierwsze, wzorce umowy stanowią część umowy w zakresie, w jakim ich treść jest zgodna. Jeżeli strony osiągnęły porozumienie, jednak oferta i jej przyjęcie odnoszą się do sprzecznych wzorców umowy, uznajemy, że sprzeczne postanowienia wzorców nie stanowią części umowy. Natomiast nie dojdzie do zawarcia umowy, gdy jedna ze stron zaznaczyła wyrażenie, a nie za pośrednictwem wzorców umowy, że nie ma zamiaru być związana umową, jeżeli jej wzorzec w całości nie będzie stanowił część umowy. Jeżeli jedna ze stron takiego wyrażenia o oświadczenia nie złożyła, domniemywać należy, że zaakceptowały one umowę z wyłączeniem sprzecznych postanowień wzorców¹¹.

Wobec powyższego przyjmujemy, że postanowienia wzorca umownego zostaną inkorporowane do umowy zawieranej z konsumentem, jeżeli zostały mu prawidłowo notyfikowane i nie zostały przez konsumenta wyrażenie odrzucone. Konieczne jest również zweryfikowanie, czy postanowienie wzorca nie jest nieuczciwe w kontekście kryteriów określonych w art. 83 CESL. Zgodnie bowiem z art. 79 CESL postanowienie umowne zaproponowane przez jedną stronę, które jest nieuczciwe, nie wiążę drugiej strony. Powyższe przepisy nie zawierają jednak wyrażenia regulacji określającej sposób notyfikacji wzorca umownego ani warunków jego akceptacji w obrocie elektronicznym.

Usunięcie tego braku umoliwia analizę regulacji przedkontraktowych obowiązków informacyjnych przedsiębiorcy w obrocie konsumenckim zawartą w części II CESL. W szczególności przytoczyć należy treść art. 13 CESL, określającą zasady realizacji obowiązku udzielenia informacji przy zawieraniu umów na odległość lub poza lokalem przedsiębiorstwa. Przedsiębiorca zawierający umowy na odległość lub umo-

¹¹ Zob. M.B.M. Loos, *Art. 70-71. Incorporation and Making Available of Standard Contract Terms*, [w:] *Contents and Effects...*, op. cit., s. 179 i nast.

w zawieraniu poza lokalem przedsiębiorstwa ma obowiązek udzielenia konsumentowi informacji w jasny i zrozumiały sposób przed zawarciem umowy lub zwróceniem konsumentowi ofert. Informacje te przekazywane są w formie przygotowanego przez przedsiębiorcę wzorca umownego.

Co do sposobu realizacji tego obowiązku w umowach zawieranych drogą elektroniczną to się należy do art. 24 § 4 CESL, który stanowi, że przedsiębiorca musi udostępnić postanowienia umowy na trwałym nośniku za pośrednictwem jakiegokolwiek rodzaju umożliwiającego odczytanie informacji zawartych w tekście, ich zapisanie oraz odtworzenie w formie materialnej. Następnie przedsiębiorca musi bez nieuzasadnionej zwłoki potwierdzić drogą elektroniczną otrzymanie oferty lub jej przyjęcie, przesłane przez drugą stronę. Udzielone prawidłowo przez przedsiębiorcę informacje stanowią integralną część umowy i mogą być zmieniane wyłącznie za jednoznacznej zgodą stron. Ciągłość dowodu dostarczenia konsumentowi informacji wymaganych przez powyższe przepisy spoczywa na przedsiębiorcy¹².

Kluczowe znaczenie dla prawidłowej realizacji obowiązku informacyjnego przedsiębiorcy w obrocie elektronicznym ma pojęcie trwałego nośnika. Zostało ono wyjaśnione w art. 2 (t) CESLR. Trwały nośnik to każda forma, w której umożliwia stronie przechowywanie informacji kierowanych do niej osobiście, w sposób, który daje jej do nich dostęp w przyszłości przez okres odpowiedni do celów, jakim te informacje służą, i który pozwala na odtworzenie przechowywanych informacji w niezmienionej postaci. Podobne definicje odnaleziono na w wielu aktach prawa unijnego, co pozwala na ukształtowanie się jednolitej wykładni na potrzeby konsumenckiego obrotu elektronicznego¹³. W obrocie elek-

¹² Zob. art. 26 CESL.

¹³ Por. art. 2 pkt 10 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów (Dz.Urz. UE L 304 z 22.11.2011 r., s. 64): „trwały nośnik oznacza każde urządzenie umożliwiające konsumentowi lub przedsiębiorcy przechowywanie informacji kierowanych do niego osobiście, w sposób umożliwiający dostęp do tych informacji w przyszłości przez okres odpowiedni do celów, jakim te informacje służą, i które pozwala na odtworzenie przechowywanych informacji w niezmienionej postaci”. W preambule dyrektywy znajdujemy także dalsze doprecyzowanie tej definicji. Zgodnie z pkt 23 preambuły „trwały nośnik umożliwia konsumentowi przechowywanie informacji tak długo, jak jest to dla niego konieczne w celu ochrony swoich interesów wynikających ze stosunków łączących go z przedsiębiorcą. Takie nośniki powinny obejmować w szczególności papier, pamięć USB, płyty CD-ROM, DVD, karty pamięci lub dyski twarde komputerów, a także pocztę elektroniczną”. Podobnie zbudowane pojęcie trwałego nośnika zawierają również następujące ustawy: ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim (Dz.U. z 2011 r. Nr 126, poz. 715 ze zm.); ustawa z dnia 16 września 2011 r. o timeshare

tronicznym powszechnie uznaje się, że cechy te spełniają następujące typy nośników: dyskietka, płyta CD, płyta DVD, pendrive, twardy dysk komputera, poczta elektroniczna, SMS¹⁴. Natomiast w tym względzie pojawia się coś do możliwości uznania strony internetowej przedsiębiorcy za nośnik posiadający te cechy¹⁵. Kwestia ta była przedmiotem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który uznał, że zwykła strona internetowa nie spełnia kryteriów trwałości nośnika¹⁶.

W obrocie konsumenckim na przedsiębiorcy jeszcze obowiązek zapewnienia poprawności udzielanych informacji. Obowiązek ten pojawił się po raz pierwszy w prawie unijnym. Zgodnie z art. 28 CESL przedsiębiorca udzielający informacji przed zawarciem umowy lub w momencie jej zawierania w wykonaniu obowiązków informacyjnych ma obowiązek dołożenia rozsądnych starań, by udzielane informacje były poprawne i nie wprowadzały w błąd¹⁷. Celem tego przepisu jest zapewnienie konsumentowi możliwości podjęcia rozsądnej decyzji co do zawarcia umowy. Nieudzielenie informacji wymaganych przez CESL, udzielenie niepoprawnych lub wprowadzających w błąd informacji przez przedsiębiorcę umożliwia zastosowanie środków ochrony prawnej określonych w art. 29 CESL¹⁸.

(Dz.U. z 2011 r. Nr 230, poz. 1370 ze zm.); ustawa z dnia 16 września 2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego (Dz.U. z 2011 r. Nr 232, poz. 1377 ze zm.); ustawa z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (Dz.U. z 2011 r. Nr 199, poz. 1175 ze zm.); ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego i o Rzeczniku Finansowym (Dz.U. z 2015 r. poz. 1348 ze zm.).

- ¹⁴ Por. D. Lubasz, *Komentarz do art. 2 pkt 4, [w:] Ustawa o prawach konsumenta. Komentarz*, red. D. Lubasz, M. Namysłowska, Warszawa 2015; zob. również cyt. wyżej pkt 23 preambuły do dyrektywy 2011/83/UE.
- ¹⁵ Szerzej na ten temat: A. Kubiak-Cyrul, *Udoskonalenie wzorca umownego w elektronicznym obrocie konsumenckim z perspektywy prawa unijnego i orzecznictwa TS*, „iKAR Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2017, nr 3, s. 8 i nast.
- ¹⁶ Zob. wyrok TSUE (Trzecia Izba) z dnia 5 lipca 2012 r. w sprawie C-49/11 *Content Services Ltd v. Bundesarbeitskammer* (EU:C:2012:419) oraz wyrok TSUE (Trzecia Izba) z dnia 25 stycznia 2017 r. w sprawie C-375/15 *BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG v. Verein für Konsumenteninformation* (EU:C:2017:38).
- ¹⁷ Koresponduje on z treścią dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym (Dz.Urz. UE L 149 z 11.06.2005, s. 22).
- ¹⁸ Art. 29 § 1 CESL: „Jeżeli strona nie wypełniła jakiegokolwiek z obowiązków nałożonych w niniejszym rozdziale, odpowiada za szkody poniesione wskutek tego przez drugą stronę”.

Podsumowanie

Podsumowuj c powy sze rozwa ania, podkre li nale y, e okre lenie zasad inkorporacji wzorca umownego w obrocie konsumenckim na podstawie CESL wymaga odwołania si do ogólnych przepisów dotycz - cych zawarcia umowy. Brakuje bowiem w CESL kompleksowej regulacji zasad posługiwania si wzorcem umownym. Trudno uzna to za po - dany sposób regulacji we współczesnym wiecie, w którym internet stał si głównym kanałem komunikacyjnym wykorzystywanym w procesie zawierania umowy, a wzorce umowne podstawowym jego narz dziem. Za po rednictwem urz dze posiadaj cych dost p do sieci teleinforma - tycznej konsumenci wielokrotnie w ci gu dnia zawieraj umowy online, czasami nie zdaj c sobie zupełnie z tego sprawy. Dlatego te potrzebna jest kompleksowa regulacja zasad posługiwania si wzorcami umownymi ze szczególnym uwzgl dnieniem obrotu elektronicznego. Rozwi zania przyj te w projekcie CESL w tym zakresie niestety nie odpowiadaj potrzebom tego obrotu. Natomiast stanowi one mog punkt wyj cia dla opracowania kompleksowej regulacji zasad posługiwania si wzor - cem umownym w Unii Europejskiej w przyszło ci.

Jakub Kwaśnik

Nowe technologie jako jeden z determinantów pozycji na osi wolności-bezpieczeństwo

Rozwinięte społeczeństwa demokratyczne, które charakteryzują się m.in. możliwościami wpływania na kształt prawa obowiązującego w danym kraju, posiadają również przywileje swobodnej dyskusji oraz ustalania swojej pozycji na osi wolności-bezpieczeństwo. Istotą oraz wagą takiego dyskursu obserwujemy zazwyczaj przy okazji doniesień medialnych o projektach tych ustaw, których tematem jest obszar znacząco związany z kwestią poszczególnych swobód i wolności obywatelskich, jak miało to miejsce choćby w przypadku dyskusji na temat liberalizacji przepisów dotyczących dostępu do broni białej w sprawie regulacji, które miały ustalić międzynarodowe standardy w walce z naruszeniami własności intelektualnej.

Z roku na rok w debatach publicznych poświęconych zagadnieniu korelacji wolności i bezpieczeństwa w sposób widoczny zwiększa się udział tematów związanych z obszarem nowej technologii oraz internetu, co nie jest szczególnie zaskakujące, gdy dynamiczny rozwój tych sfer znajduje odzwierciedlenie w życiu codziennym człowieka. Wraz z postępującym upowszechnieniem dostępu do internetu - do czego przysłużyła się miniaturyzacja urządzeń (*vide* smartfony), zwiększenie

ich parametrów obliczeniowych oraz rozwój samej technologii sieciowej (wysokie prędkości bezprzewodowego przesyłu danych) - a także wraz z wyposażeniem w funkcjonalności z sieci coraz większej liczby przedmiotów (*internet of things*¹) nowe technologie pozwalające na kontakt z cyberprzestrzenią zyskały charakter stałych i nieodłącznych gadżetów szerokiego społeczeństwa. Ponadto, od czasu popularyzacji mobilnych urządzeń wyposażonych w systemy operacyjne, nieustannie rośnie liczba różnorodnych aplikacji o wszechstronnych zastosowaniach, które pozwalają na zdalną kontrolę coraz to większych obszarów codziennego życia jednostki. Taki stan rzeczy niewątpliwie ma wiele zalet, do których należy m.in. oszczędność czasu i wygoda (przykładowo w przypadku bankowości elektronicznej), ale także powoduje większą ekspozycję jednostki na ataki (np. wymiana przez użytkowników sieci wielu wrażliwych informacji na swój temat w mediach społecznościowych czy komunikatorach internetowych zwiększa ryzyko stania się ofiarą przestępstwa kradzieży tożsamości). Należy pamiętać, że internet i nowe technologie są jedynie narzędziem dla człowieka do poruszania się w świecie, dlatego każde działanie może mieć zarówno swoje pozytywne, jak i negatywne konsekwencje. I tak forum internetowe może stać się miejscem realizacji wolności do swobody wypowiedzi, ale także ośrodkiem, w którym dochodzi do naruszenia tej wolności, np. przez podjęcie aktywności godzących w dobro innej jednostki, jak jest chociażby w przypadku hejtu internetowego. Podobnie w przypadku realizacji zadań związanych z bezpieczeństwem - z jednej strony internet może służyć do sprawnej i bezpiecznej komunikacji oraz wymiany poufnych danych między np. instytucjami państwowymi, ale równie dobrze może stać się narzędziem inwigilacji bądź represji ze strony służb. W niniejszym artykule autor spróbował przyjrzeć się wybranym zagadnieniom związanym z nowymi technologiami z realizacją wolności jednostki oraz kwestii zapewnienia bezpieczeństwa w społeczeństwie.

Za punkt wyjściowy rozważa autor pragnie przyjąć krótki charakterystykę cyberprzestrzeni jako pola realizacji wolności i swobód. Od momentu, gdy sieć internetowa przestała być projektem czysto wojskowym i stała się dostępną dla ogółu społeczeństwa, jej zasięg nieustannie rośnie. Obecnie można powiedzieć, że wszędzie tam, gdzie znajduje się cywilizacja, przeważnie jest również dostęp do internetu. Wyjątki stanowią tereny niezamieszkałe i trudno dostępne, a także te rejony, w których poszczególne państwa zdecydowały się na ograniczenie swobody

¹ K. Claveria, *13 Stunning Stats on the Internet of Things*, 28.04.2017, dostęp na: www.visioncritical.com [stan na: 29.10.2017].

dostęp do internetu i wprowadziły cenzurę. Jak podaje Międzynarodowy Związek Telekomunikacyjny, z internetu w 2016 r. korzystała już prawie połowa wszystkich mieszkańców globu (47% z 7,3 mld ludzi)². Bez ryzyka można zatem uznać, że jest to zjawisko globalne, a także postępujące (16% z 6,5 mld w 2005 r. oraz 30% z 6,9 mld w 2010 r.). Powszechność internetu zwiastująca jest również z jego cechami stało się w czasie, tzn. jest on dostępny przez cały czas, funkcjonuje bez przerw, 24 godziny na dobę, siedem dni w tygodniu, cały rok. Zasoby internetu nieustannie rosną (na co wskazują choćby statystyki witryny internet-livestats.com), a zastosowania stają się coraz bardziej wszechstronne. Właściwa dla niecenzurowanego internetu swoboda dostępu do treści, wymiany informacji oraz względna anonimowość powodują, że jest to środowisko niezwykle otwarte, ale też pozbawione kontroli i reguł. Sami użytkownicy sieci bardzo wysoko cenią sobie nieograniczoną wolność, a także z nich ma również tendencje do poszukiwania i tworzenia obszarów ukrytych przed prawem, pozbawionych jakiejkolwiek kontroli (jak choćby sieć TOR³, umożliwiająca anonimowy dostęp do ukrytej dla wyszukiwarek gigantycznej części internetu o czysto nielegalnych zasobach, zwanego darknetem⁴). Gdyby porównać internet do góry lodowej, można by rzec, że większość internautów ma dostęp jedynie do wierzchołka zasobów sieci, natomiast właściwa im część ukryta jest pod wodą, gdzie dostęp mają nieliczni. Dopiero dobra organizacja właścicieli swojego skrawka cyberprzestrzeni i respektowanie przez nich prawa danego kraju gwarantuje wprowadzenie pewnych zasad i mechanizmów bezpieczeństwa. Dzięki temu „legalny internet” w porównaniu do darknetu jest miejscem bardziej bezpiecznym, choć i tu coraz częściej użytkownicy padają ofiarą przestępstw internetowych. Głównym czynnikiem zagrożenia w sieci stała się prawie nieograniczona swoboda dostępu z prawie nieograniczoną anonimowością. Przy pojęciu ze złymi intencjami cyberprzestępców wyposażonych w wiedzę i narzędzia informatyczne internet staje się miejscem niebezpiecznym.

Z punktu widzenia kryminalistyki cyberprzestrzeń szybko stała się narzędziem wykorzystywanym tak przez przestępców, jak i przez organy oraz instytucje pracujące nad poprawą bezpieczeństwa. Przewaga w efektywności działań podejmowanych przez jedną i drugą stronę zależy głównie od pomysłowości i umiejętności konkretnych jednostek,

² *List of Countries by Number of Internet Users*, dostęp na: en.wikipedia.org.

³ The Tor Network [witryna], www.torproject.org [stan na: 29.10.2017].

⁴ J. Wood, *The Darknet. A Digital Copyright Revolution*, „Richmond Journal of Law and Technology” 2010, Vol. 16, Iss. 4, s. 1-60.

bardzo czy sto jednak organy ścigania i wymiar sprawiedliwości mają problem z korzystaniem ze swych uprawnień z efektów pracy z powodu niedostateczności przepisów prawnych za rozwojem technologicznym. Prawodawcy w walce z cyberprzestępczością dotychczas w wielu przypadkach koncentrowali się na ograniczeniu swobody dostępu do treści w sposób anonimowy w sieci. Na dalszy plan zesłała odpowiednia edukacja użytkowników, co w przekonaniu autora jest błędem z uwagi na kluczowy wpływ czynnika ludzkiego jako najsłabszego ogniw w procesie zapewnienia bezpieczeństwa. Czyli to błędne jednostki, wynikające z braku odpowiedniej wiadomości oraz ostrożności w sieci, powodują sytuację, w której użytkownik lub instytucja staje się ofiarą cyberprzestępstwa. Ponadto niedopracowane, sztywne ramy rozwiaza prawnych, znacznie ingerujące w wolność i swobody obywatelskie, stały się główną przyczyną sceptycznego nastawienia użytkowników do jakichkolwiek regulacji poprawy bezpieczeństwa, dlatego konieczne reformy powinny charakteryzować się wnikliwą analizą i dużym wyczuciem nastrojów społecznych w celu opracowania właściwego balansu.

Przedstawione powyżej właściwości cyberprzestrzeni oraz nieingerowanie w nią przez rozwinięte i nowoczesne społeczeństwa demokratyczne, w których nie występuje mechanizm cenzury, w opinii autora umiejscawiają te społeczeństwa na pozycji znacznie bliżej wolności niż bezpieczeństwa. Nie oznacza to jednak, że się jest miejscem szczególnie niebezpiecznym, gdzie na każdym kroku jednostka zagrożona jest cyberatakiem, a raczej może jedynie świadczą o sytuacji, że wiele państw pozostaje bezradne w zakresie wykrywania przestępczości i dowodzenia winy sprawcom, a więc w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa obywatelom. Sytuacja jest bardzo zła, bowiem by móc stwierdzić, że dane państwo jest dobrze wyposażone w mechanizmy ograniczające i zapobiegające przestępczości w sieci, nie wystarcza, że posiada ono odpowiednio przygotowaną infrastrukturę cyberobronną i wykwalifikowanych specjalistów z zakresu informatyki. Potrzebna jest dodatkowo – a może przede wszystkim – edukacja obywateli, poznanie przez nich specyfiki funkcjonowania sieci, a więc pozyskanie wiedzy oraz wykształcenie odpowiedniego poziomu ostrożności. Być może ewentualne przesunięcie na osi w stronę bezpieczeństwa nie jest nieodłacznie związane z rezygnacją z wolności i dążeń do zadowalającego efektu właściwie przez odpowiednie przygotowanie społeczeństwa?

Zważywszy na fakt, że znaczna część cyberprzestępstw wymierzona jest w pozyskanie informacji stanowiących po prostu bądź bezpośrednio cel ataku (kradzież tożsamości, bankowo elektroniczna, przestępc-

czo gospodarcza, stalking⁵), a ponadto dokonywana jest z użyciem narzędzi i metod nastawionych na zdobycie danych (*phishing*⁶, *skimming*⁷, a także keyloggery, sniffery czy konie trojańskie⁸), uzasadnione wydaje się uczulanie społeczeństwa na potrzebę ochrony informacji. Na poziomie globalnym, a także państwowym, ustawodawcy już jakiś czas temu dostrzegli ten rodzaj niebezpieczeństwa, stąd w ostatnich latach nastąpił rozwój regulacji zarówno międzynarodowych i wspólnotowych, jak też krajowych dotyczących ochrony danych osobowych i ochrony danych wrażliwych w firmach. Szybko zaowocowało to odpowiedzi w sektorze prywatnym przedsiębiorcy m.in. przez zwrócenie uwagi na potrzebę powołania administratorów bezpieczeństwa informacji oraz skonstruowania i posiadania odpowiednio dostosowanej polityki bezpieczeństwa czy też instrukcji zarządzania systemem komputerowym.

W opinii autora cięgle jednak nie można mówić o wykształceniu świadomości i ostrożności indywidualnych użytkowników, którzy z dużym bezrefleksyjnie korzystają z dobrodziejstw internetu w zakresie mediów społecznościowych, komunikatorów oraz prywatnej bankowości elektronicznej. Ci internauci nie zdają sobie sprawy, że taki stan rzeczy przekłada się nie tylko na ułatwiony dostęp cyberprzestępców do informacji wrażliwych o użytkownikach, ale również umożliwia im pozyskanie określonej wiedzy o danej osobie, chociażby przez pracodawcę, kontrahenta, a także organy państwowe (np. ZUS⁹) oraz służby związane z obszarem bezpieczeństwa państwowego. Dane dotyczące użytkowników, które są zamieszczane przez nich na portalach społecznościowych, nierzadko pozbawione są jakiegokolwiek ochrony ze względu na brak kontroli ustawowej prywatności przez poszczególne osoby. Domyślnie ustawiony status publicznej dostępności pozwala na

⁵ W polskim kodeksie karnym stalking jest zdefiniowany jako uporczywe nękanie powodujące uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia lub istotne naruszenie prywatności danej osoby (art. 190a k.k.).

⁶ Metoda znana w przestępczości gospodarczej polegająca na podszywaniu się pod dany podmiot i wydłużaniu określonych informacji.

⁷ Nielegalne kopiowanie paska magnetycznego karty kredytowej dokonane np. za pomocą nakładki na bankomaty.

⁸ Aplikacje błąd skrypty, które mają na celu podsłuchanie lub przechwycenie informacji na temat aktywności podejmowanych przez użytkownika (np. wpisywane przez niego znaki na klawiaturze).

⁹ S. Ogórek, *ZUS sprawdza Facebooka. Odmówił wypłaty macierzyńskiego, bo szef oznaczył ją na zdjęciu*, 26.01.2017, dostęp na: www.money.pl [stan na: 29.10.2017].

swobodn realizacj tzw. białego wywiadu¹⁰. A im wi ksza liczba udost pnianych danych, tym wi ksza mo liwo profilowania konkretnej jednostki. Polityka hasłowa równie nie nale y do silnych zabezpiecze . U ytkownicy najch tniej stosuj łatwe w zapami taniu, oparte na nieoryginalnych i szablonowych schematach hasła, które bazuj na informacjach powszechnie znanych lub ci le zwi zanych z faktami czy zainteresowaniami dotycz cymi danej osoby, jak np. imiona, pseudonimy, daty urodzenia czy ulubiony zespół muzyczny. Mo na wi c pokusi si o stwierdzenie, e bezpiecze stwo w sieci kształtuj w du ej mierze sami u ytkownicy, do których nale y decyzja, jak wiele informacji o sobie umieszczaj w cyberprzestrzeni. Nale y mie równie na uwadze wag codziennych przyzwyczajaje internautów, którzy korzystaj z ró norodnych aplikacji ułatwiaj cych codzienne funkcjonowanie. Dyktowana szybko ci i wygod popularno mobilnych aplikacji bankowych i finansowych powoduje niebezpieczn rutyn i przyzwyczajenia, z których u ytkownicy niech tniej rezygnuj . Brak przeprowadzanych aktualizacji oprogramowania czy te hasel z pewno ci nie pomaga w zachowaniu bezpiecze stwa, a ponadto dochodzi podatno na manipulacje i u piona czujno , co przejawia si w zbytym zaufaniu u ytkowników do pułapek i komunikatów rzekomo pochodz cych od banku, które zach caj do wej cia na podmienion stron b d wprost prosz o podanie okre lonych informacji czy dokonanie okre lonej operacji. Niewielu u ytkowników jest w stanie zauwa y niewielk zmian w adresie serwisu bankowego b d nagł podmian numeru konta. Tak e w wiecie rzeczywistym brakuje przyzwyczajaje np. do sprawdzania czy bankomat, z którego korzystamy nie został wyposa ony w nakładk skimmingow do kopiowania kart kredytowych. U ytkownicy ch tniej natomiast korzystaj z otwartych, cz sto niezabezpieczonych sieci wi-fi oraz otwartych punktów dost pu i niesprawdzonych urz dze . Ostatnie doniesienia medialne wskazuj tymczasem, e problem bezpiecze stwa dotyka prawie ka d sie wi-fi przez mankamenty dotyczaj ce kluczowe zabezpiecze typu WPA. Tak e same aplikacje potrafi gromadzi dane o u ytkownikach, gdy waga informacji determinuje pomysłowo metod cyberprzest pczych. W wielu przypadkach, pod pozorami zupeł nie niewinnego zastosowania, aplikacje słu do pozyskiwania konkretnej wiedzy o korzystaj cych z nich osobach. Tak mo e by na przykład w przypadku niektórych quizów i gier, gdzie gracz otrzymuje pytania

¹⁰ B. Stromczy ski, P. Waszkiewicz, *Biały wywiad w praktyce pracy organów cigania na przykładzie wykorzystania serwisów społeczno ciowych*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 5, s. 146-170.

o różne preferencje i zainteresowania, które to informacje mogą służyć reklamodawcom do komponowania odpowiedniej oferty dla potencjalnego klienta. Z kolei inne aplikacje wyposażone w możliwość odczytu geolokalizacji lub historii fraz wpisywanych do wyszukiwarki potrafią zgromadzić bazę, która może posłużyć do opracowania profilu psychologicznego (preferencje plus wiedza o tym, gdzie lub z kim dana osoba spędza czas). Niekiedy mogą to być bardzo prywatne informacje. Problem ten nie dotyczy jedynie laików i osób prywatnych. Ostatnie doniesienia medialne mówiły o wykorzystaniu programu antywirusowego Kaspersky, którego używały amerykańskie służby związane z wywiadem i obronnością, a w którym – jak się okazało – twórcy zaimplementowali moduł zbierający informacje o aktywności użytkowników. Skrypt, który był niezwykle trudny do wykrycia, pełnił rolę podsłuchu¹¹. Powyższe działania bazują na inżynierii społecznej i opierają się na wysublimowanej manipulacji użytkownikiem, ale dla specjalistów wyposażonych w odpowiednią wiedzę informatyczną nie ma problemu, by tworzyć efektywne narzędzia i wykorzystywać wszelkie możliwe źródła informacji o użytkownikach. Namierzenie konkretnej osoby nie musi sprawiać trudności – geolokalizacja, która jest możliwa w wielu przypadkach na podstawie sygnału wysyłanego przez urządzenie takie jak smartfon to jedno, ale poza nim, na podstawie aktywności w sieci, nierzadko hakerzy potrafią – wykorzystując luki – po nitce do kłębka, czyli do konkretnego użytkownika. Czasami wystarczy adres IP¹² lub adres MAC urządzenia¹³, innym razem akcja może wspomóc również nagrania ze wszedłowskiego monitoringu publicznego lub prywatnego, który jest podłączony do sieci. Nawet mając tylko fragmentaryczne dane, można osiągnąć sukces, bo gdy dołożymy do takich działań sprawców białego wywiadu i element socjotechniczny (a pamiętajmy, że to czynnik ludzki najczęściej jest najsłabszym ogniwem zabezpieczeń), w krótkim czasie mogą zdobyć oni całą potrzebną wiedzę do osiągnięcia zamierzonych celów. Ponadto nieustanny rozwój technologii bardzo pomaga poprawić efektywność narzędzi wykorzystywanych zarówno przez cyberprzestępców, jak i przez organy ścigania. Przykładowo analiza monitoringu może być przeprowadzana w sposób w pełni zautomatyzowany i aplika-

¹¹ T. Mileszko, *Rosjanie szpiegowali USA za pomocą popularnego antywirusa Kaspersky Lab*, 12.10.2017, dostęp na: www.komputerswiat.pl [stan na: 29.10.2017].

¹² Adres liczbowy nadawany interfejsowi sieciowemu, służący identyfikacji poszczególnych elementów sieci.

¹³ Unikatowy, liczbowy adres sprzeczny adres karty sieciowej, nadawany przez producenta karty.

cja po wprowadzeniu wizerunku poszukiwanej osoby sama zajmie się wyszukiwaniem oraz informowaniem organów ścigania w przypadku pojawienia się jej w zasięgu kamer (tak w przypadku np. SenseFace¹⁴, Object/Face Recognition¹⁵, testowo wprowadzonych m.in. w rosyjskim metrze czy na chińskich skrzyżowaniach o dużym ruchu). Analogiczne operacje mogą być przeprowadzane w przypadku kontroli rozmów telefonicznych czy treści umieszczanych przez użytkowników w mediach społecznościowych i komunikatorach internetowych. W przypadku pojawienia się słów-kluczy system służy do przechwytywania wiadomości w kanałach telekomunikacji informuje służy o rozpoznaniu poszczególnych fraz (tak np. międzynarodowy system sieci wywiadu elektronicznego Echelon¹⁶). Do operacji monitorowania aktywności określonego użytkownika mogą służyć również keyloggery, czyli programy lub urządzenia, które rejestrują m.in. znaki wprowadzane na klawiaturze. Analizując zapisane przez programy treści znaków, nietrudno namierzyć hasła stosowane przez danego internautę, a także dotrzeć do treści jego rozmów czy historii fraz wpisywanych w wyszukiwarkach internetowych. Dodatkowo w wielu ośrodkach badawczych z całego świata równolegle trwają prace nad stworzeniem efektywnego systemu analizy dynamiki pisanego na klawiaturze, który bada takie czynniki jak czasy wciśnięcia klawiszy, czasy odstępów pomiędzy naciskami klawiszy, szybkość wpisywania poszczególnych słów itd. Być może już w niedalekiej przyszłości okaże się, że mamy do dyspozycji narzędzia, które mogą pozwolić nam sprawdzić, który z nich posługiwał się komputerem w określonej sytuacji.

Przedstawione powyżej fakty utwierdzają autora w przekonaniu, że przy determinacji organów ścigania (ale na niebezpieczeństwo również cyberprzestępców) nie występują szczególne trudności w namierzeniu konkretnej osoby. Już w 2002 r. udało się złapać seryjnego mordercę prostytutkę Maury'ego Troya Trávisa¹⁷, który po jednej z dokonanych przez siebie zbrodni, anonimowo przesłał e-maila do lokalnej gazety z planem miejsca ukrycia zwłok jednej z ofiar. Gdy ledcy faktycznie znaleźli we wskazanym miejscu szkielet, natychmiast podjęto próbę

¹⁴ Przykład działania jest zawarty na filmie: *SenseFace Demo - Short Version*, 3.08.2017, dostęp na: www.youtube.com [stan na: 29.10.2017].

¹⁵ Przykład działania jest zawarty na filmie: *Chinese Street Surveillance. Object/Face Recognition*, 22.09.2017, dostęp na: www.youtube.com [stan na: 29.10.2017].

¹⁶ J. Perron, *The Echelon Spy Network*, 29.05.2001, dostęp na: www.theguardian.com [stan na: 29.10.2017].

¹⁷ E. Casey, *Digital Evidence and Computer Crime. Forensic Science, Computers and the Internet*, London 2004, s. 155-158.

namierzenia sprawcy po numerze IP, z którego został wysłany e-mail, co poskutkowało aresztowaniem Trávisa. Z roku na rok rośnie liczba spraw, które zostały pomyślnie rozwiązane dzięki zaangażowaniu we współpracę z wymiarem sprawiedliwości wielu społecznie internetowych. Jednym z rozwiniętych miejsc w cyberprzestrzeni poświęconych dyskusji na temat niewyjaśnionych zbrodni lub przypadków tajemniczych zaginięć jest forum Websleuths.com, na którym istnieją tysiące wątków dedykowanych nierozwiązanym lub budzącym kontrowersje śledztwom. W 2009 r. na podstawie aktywności na tym forum udało się ujawnić Dorice Donegan Moore¹⁸, która zamordowała swojego przyjaciela Abrahama Lee Shakespeare'a zwycięzcę wielomilionowej loterii na Florydzie. Moore pod pseudonimem założyła konto na portalu, by anonimowo budować swoje alibi i przekierowywać podejrzenia na poświęconym sprawie wątku. W 2012 r. stanem Ohio wstrząsnęła sprawa gwałtu w Steubenville¹⁹, gdzie dwóch zawodników szkolnej drużyny futbolowej dopuściło się przestępstwa o charakterze seksualnym wobec 16-letniej uczennicy. Sprawcy nagrywali całe zdarzenie i umieścili je na krótkich chwil w mediach społecznościowych. Gdy zdali sobie sprawę z błędów, zaczęli kasować nagrania, jednak jedna z użytkowniczek zdobyła zrzuty ekranu i przekazała materiał policji. Prywatni detektywi internetowi mają swój duży udział w ściganiu przestępstwa pedofilii. Jednym z nich jest Bradley Willman²⁰, uzdolniony haker, który stworzył konia trojańskiego, pozwalającego na kontrolę i monitoring zainstalowanych komputerów. W ciągu kilku lat namierzył ponad dwa tysiące urządzeń, z których odnotowano wejścia na witryny zawierające materiały pedofilskie i doprowadził do wielu procesów, w tym do głośnego skazania siedmioletniego Kalifornijskiego Sędziego Najwyższego Ronalda Kline'a, na którego komputerze znaleziono ponad 1500 pornograficznych zdjęć młodych chłopców. Ciekawy przypadek wykorzystania narzędzi internetowych do namierzenia złodzieja stanowi sprawa kradzieży laptopa Kanadyjczyka Seana Powera²¹, któremu w czasie podróży biznesowej w Nowym Jorku skradziono torbę z dokumentami, telefonem komórkowym i własnymi

¹⁸ D. Mathis, G.T. Smith, *Unlucky Number. The Murder of Lottery Winner Abraham Shakespeare*, New York 2015.

¹⁹ W.S. Pendergrass, M. Wright, *A Case Study Analysis of Knight Sec and the Steubenville Rape Case*, Baltimore 2014.

²⁰ G. Dimmock, *The Secret Life of a Cyber Hero*, dostępne na: www.crime-research.org [stan na: 29.10.2017].

²¹ A. Lee, *Sean Power Tracks Down Stolen Laptop Using Twitter, Prey From Hundreds Of Miles Away*, 14.05.2011, dostępne na: www.huffingtonpost.com [stan na: 29.10.2017].

laptopem. Power posiadał na swym komputerze program Prey, który umożliwiał śledzenie sprzętu i zdalną kontrolę nad nim. Aplikacja przesyłała Powerowi informacje wraz ze zdjęciami z przedniej kamery laptopa i danymi lokalizacji, gdzie zanotowała wykorzystanie laptopa. Power umieścił tę informację na Twitterze i poprosił o pomoc internautów, którzy natychmiast ruszyli do jednej z kawiarni, skąd został wysłany sygnał z zaginionego laptopa i namierzali sprawcę kradzieży oraz odzyskali mienie. Polski internet również pełen jest spraw, w których udało się namierzyć sprawców przestępstw. W 2014 r. skierowano akt oskarżenia przeciw Damianowi K., który nakłaniał znajome dziewczyny do plucia i znieważania grobów na cmentarzu w Rochozie w Czestochowie²². Jedną z nich Wioletta R. oraz wspomnianego chłopaka namierzali anonimowi internauci z serwisu wykop.pl, którzy zidentyfikowali dziewczynę na Facebooku m.in. po zegarku, który był widoczny na jej ręce na nagraniu umieszczonym na YouTube oraz po jej wypowiedziach i aktywności w sieci (w tym lady znajomości właśnie z Damianem K.). Bardzo szybko udało się zidentyfikować także sześć osób, które podzieliły się w mediach społecznościowych kontrowersyjnymi zdjęciami, gdzie leżały one na wiązankach przy pomniku rtm. Pileckiego²³. Grupa użytkowników wykop.pl założyła nawet specjalny dział - „csiwykop”, gdzie wspólnie namierzają przestępców. I tak udało się im znaleźć m.in. czynnego molestownika 9-latkę²⁴, sadystyczną właścicielkę, która znęcała się nad szczeniakiem²⁵, sprawców napadów rabunkowych na mieszkania, złodziei, hejterów, piratów samochodowych i osoby, które zdewastowały mienie publiczne.

Istnieje również druga strona medalu - jako nowe technologie są jedynie narzędziami danym człowiekowi i to od jego intencji uzależnione jest ich wykorzystanie. Internet stał się także rodzajem i miejscem rozwoju przestępczości. Autor rozróżnia w tym miejscu dwa typy sytuacji - zastosowanie internetu jako mechanizmu ułatwiającego dokonanie czynu zabronionego występuje również w świecie realnym (pornoграфия dzieci, handel narkotykami, zlecenie zabójstwa), ale te rodzą-

²² K. Nylec, *Czestochowa: nastolatka pluła na groby. Matka przeprasza i prosi o ochronę*, 11.02.2015, dostęp na: www.slask.onet.pl [stan na: 29.10.2017].

²³ *Robili sobie zdjęcia na wiecach pod pomnikiem rtm. Pileckiego. Internauci pomogli im namierzyć, zapowiadany jest bojkot*, 25.08.2017, dostęp na: www.wprost.pl [stan na: 29.10.2017].

²⁴ „Klepnął w pupę” w sklepie 9-latkę. Grozi mu 12 lat. „To wszystko dzięki internautom”, 23.06.2016, dostęp na: www.tvn24.pl [stan na: 29.10.2017].

²⁵ P. Malinowski, *Przywiła psa do drzewa. Wpadła w ręce policji*, 17.10.2017, dostęp na: www.rp.pl [stan na: 29.10.2017].

wiska, w którym rozwinął się nowy rodzaj gwałtów i zdarzeń kryminalnych - cyberprzestępczość. Z pierwszej sfer mocno związane jest pojęcie darknetu, czyli środowisko naturalne dla wszelkiego rodzaju blackmarketów²⁶. Ukryci pod płaszczem względnej anonimowości, jak zapewnia się TOR, spotykają się tam ludzie oferujący, ale też poszukujący zakazanych prawem dóbr i aktywności. Właśnie ta anonimowość jest szczególnie cenna dla przestępców, bowiem daje im poczucie bezpieczeństwa i nieuchwytność dla wymiaru sprawiedliwości. Tak długo, jak cyberprzestrzeń będzie skutecznym rodzajem zwieszającym prawdopodobieństwo pozostania bezkarnym, tak długo jej popularność wśród kryminalistów będzie rosła. Fakt, że anonimowość rodzi zuchwałość, widać również na co dzień na wszelkiego rodzaju forach internetowych, gdzie użytkownicy, schowani za pseudonimami, fałszywymi kontami czy zmienionymi personaliami, dopuszczają się hejtu i cyberprzemocy. Trudno w namierzeniu sprawcy sprzyja również przypadkom, w których poszukujący w sieci swoich ofiar. Internet ułatwił stalking (który nawet stał się odrębnym przestępstwem wyróżnionym w polskim kodeksie karnym) oraz możliwość podszywania się pod inną osobę, co ułatwia np. mordercom i przestępcom seksualnym zwabienie i umówienie się z ofiarą. Kryminalistyka zna wiele takich przypadków, za przykład może posłużyć brytyjski seryjny zabójca homoseksualistów Stephen John Port²⁷, który za pomocą portali randkowych wyszukał czterech młodych mężczyzn w wieku od 21 do 25 lat, których następnie zapraszał do domu, podawał im tabletki gwałtu, po czym spełniał swoje fantazje seksualne i mordował. Z kolei na podstawie sprawy Philipa Haynesa Markoffa²⁸ nakręcono film *Internetowy zabójca*. Markoff dokonał trzech napadów z broni w ręku oraz jednego morderstwa, a swoje ofiary wyszukiwał za pomocą portalu Craigslist - amerykańskiego serwisu zawierającego drobne ogłoszenia.

Nowym i nadal w dużej mierze niezbadanym oraz nieopisanym obszarem zdarzeń kryminalnych jest cyberprzestępczość. Wyrafinowane, zaawansowane metody sprawców oraz specyficzne realia cyberprześtrzeni wykreowały wiele zupełnie nowych zachowań, które rzadko mieszczą się w ramach kodeksów karnych. Nosić one znamiona podobne

²⁶ Czyli czarny rynek, który stał się popularnym miejscem kontaktu oferentów oraz zainteresowanych zakazanymi przez prawo dobrami i usługami.

²⁷ D. Connett, P. Peachey, *Stephen Port. Alleged Serial Killer Accused of Drugging and Murdering four Men He Met on Gay Websites Appears in Court*, 19.10.2015, dostęp na: www.independent.co.uk [stan na: 29.10.2017].

²⁸ M.R. McPhee, *A Date with Death: The Secret Life of the Accused „Craigslist Killer”*, New York 2010, s. 1-262.

do zbliżonych natur przestępstwa wiata realnego, różni się w skali i dotkliwoci dla jednostki, firmy lub społeczności. Przykładowo jednostkowe ataki wyspecjalizowanych hakerów wymierzone w sferę obronności państwa potrafią generować trudne do oszacowania skali i wagi konsekwencje o znaczeniu geopolitycznym, z kolei atak na korporację finansową (zwłaszcza DDoS²⁹, paraliżujący niekiedy na dłuższy czas działanie danego serwisu) może doprowadzić do gigantycznych strat zarówno w kategorii rzeczywistej szkody, jak i utraconego zysku. Uzbrojeni w wiedzę i odpowiednie narzędzia cyberprzestępcy potrafią już wywołać zdalnie atak serca³⁰, doprowadzić do paraliżu lotniczego³¹ bądź opóźnić program atomowy³². Obecnie trudno nawet wyobrazić sobie jakiegokolwiek górne granice dotkliwoci ataku cyberprzestępczego. Skoro grupy hakerów są w stanie sparaliżować tak instytucje finansowe³³, jak i system obronności czy też wpływać na sytuację polityczną w regionie³⁴, to nie jest pozbawiona podstaw opinia o potencjalnym zagrożeniu w przyszłości, jakie przyniosą ze sobą coraz bardziej zuchwałe ataki przy tak szerokiej ekspansji technologii i jej wpływie na poszczególne dziedziny życia.

W zamyśle autora powyższe przykłady powinny skutkować baczniejszym zwróceniem uwagi tak przez ustawodawcę, jak i przez wymiar sprawiedliwości na konieczności wypracowania rozwiązań, które pozwolą skutecznie zwiększyć stopień bezpieczeństwa w sieci dla ogółu społeczeństwa i poszczególnych jednostek. Przede wszystkim istnieje wyraźna potrzeba przemysłowych regulacji, które nie będą racjonalizacją w wolności i swobody obywatelskie. W opinii autora droga wiedzie nie przez wprowadzenie aktów, które w jakikolwiek sposób będą ograniczały np. swobodę dostępu do danych czy też ich przepływu (pokazały to ma-

²⁹ *Distributed denial of service* - atak na system komputerowy, który polega na uniemożliwieniu działania przez zajęcie wszystkich wolnych zasobów (wysyłane masowe zapytania i fałszywe próby skorzystania z usług).

³⁰ J. Deck, *From Heart Attack to Hack Attack. Hackers Can Now Control Pacemakers*, 13.01.2017, dostęp na: www.jdsystemsinc.com [stan na: 29.10.2017].

³¹ N. Dorman, *Fresh Terror Fears as Hackers Trying to Disable Planes at Cairo Airport*, 29.05.2016, dostęp na: www.mirror.co.uk [stan na: 29.10.2017].

³² D. Kuschner, *The Real Story of Stuxnet*, 26.02.2013, na: www.spectrum.ieee.org [stan na: 29.10.2017].

³³ K. Mansfield, *This is Just the Beginning". Anonymous Hackers Take Down Nine Banks in 30-day Cyber Attack*, 11.05.2016, dostęp na: www.express.co.uk [stan na: 29.10.2017].

³⁴ M. Casserly, *Who is Anonymous? A Short History of Hacktivism*, 18.11.2015, dostęp na: www.techadvisor.co.uk [stan na: 29.10.2017].

sowe protesty przy ACTA³⁵ czy SOPA), utopijnym pomysłem wydają się również próby uzyskania kontroli nad anonimowością użytkowników, gdy już walka z piractwem komputerowym wykazała, że z czasem internauci są w stanie złamać i obejść każde zabezpieczenie. Zamiast radykalnych, siłowych rozwiązań warto sięgnąć przede wszystkim po odpowiednią edukację i stopniowe zwiększanie świadomości oraz stopnia ostrożności użytkowników w sieci. Gdy państwo będzie potrafiło wykształcić zrozumienie tematu i dobre nawyki jednostek w sieci, z pewnością ci to poskutkuje to widocznym wzrostem poziomu bezpieczeństwa w całym sektorze prywatnym. A stać już niedaleka droga do poprawy bezpieczeństwa na poziomie państwowym, bowiem to z wykwalifikowanej i rozwijającej się części społeczeństwa rekrutuje się specjalistów i ekspertów, którzy pomogą budować odpowiednią linię cyberdefensywy. Kierunek ten wydaje się tym bardziej słuszny, i obrało go już kilka państw europejskich, Stany Zjednoczone oraz organizacje międzynarodowe, które prowadzą wiele równoległych działań: kampanie reklamowe informujące o zagrożeniach w sieci³⁶, programy edukacyjne w szkołach³⁷, informacje dla klientów z newralgicznych sektorów gospodarki, utworzenie oddziałów do walki z cyberterroryzmem³⁸ czy też powołanie zespołów do spraw skanowania sieci pod względem zagrożenia. W opinii autora jest to słuszna droga, gdy jedynie kompleksowe podejście do tematu zagrożenia w sieci pozwoli zbudować komplementarną politykę bezpieczeństwa państwa w sieci zdolną trwale i skutecznie stawiać czoło zagrożeniom w cyberprzestrzeni dla ogółu społeczeństwa.

³⁵ D. Lee, *Acta Protests. Thousands Take to Streets across Europe*, 8.03.2012, dostęp na: www.bbc.com [stan na: 29.10.2017].

³⁶ Przykładowo Kampania Przeciwdziałania Cyberprzestępczości podjęta przez Organizację Narodów Zjednoczonych, zob. UNODC Launches The National Campaign on Cybercrime Prevention „Do Not Trust Emojis”, dostęp na: www.unodc.org [stan na: 29.10.2017].

³⁷ P.A. Amosun, O.A. Ige, *Impact of an Action Cyber Crime Prevention Programme on In-school Aged Children's Attitude to Crime Prevention Concepts in Civic Education and Social Studies*, „European Scientific Journal” June 2013, No. 3, s. 225-237.

³⁸ Przykładowo: USCYBERCOM w Stanach Zjednoczonych, Joint Forces Command w Wielkiej Brytanii, KdoCIR w Niemczech, Küberkaitseliit w Estonii.

Łukasz Lep

Rozwój badań poligraficznych w Republice Kazachstanu

Dzisiejszy rozwój badań poligraficznych w Kazachstanie zapoczątkowany został przez profesora nauk prawnych, pułkownika rezerwy organów spraw wewnętrznych Republiki Kazachstanu o polskich korzeniach prof. Jana Zinkiewicza².



Fot. 1. Prof. Jan Zinkiewicz²

¹ Prof. Jan Zinkiewicz został deportowany z Polski do Kazachstanu razem z rodzicami, gdzie w okresie istnienia Związku Radzieckiego całe rodziny masowo wysyłano na wschód.

² źródło: Centrum Kultury Polskiej Wschód w mieście Ałmaty, www.wienz.kz [stan na: 27.10.2017].

Jako młody naukowiec prof. Jan Zinkiewicz wyjechał do Warszawy, gdzie w 1975 r. odbywał staż w Instytucie Kryminalistyki Komendy Głównej MSW Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. Był on pierwszą osobą, która w 1980 r. podczas konferencji MSW Związku Radzieckiego zatytułowanej *Wykorzystanie środków technicznych w rozwijaniu i dochodzeniu przestępstw* rozpoczęła dyskusję na temat stosowania badań poligraficznych w Kazachstanie. Wykład Jana Zinkiewicza wygłoszony na konferencji nosił tytuł *Zagadnienia zastosowania poligrafu podczas badań w Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*³.



Fot. 2. Na zdjęciu Jan Zinkiewicz z prezydentem Nursułtanem Abyszułym Nazarbayewem podczas sesji Zgromadzenia Narodów Kazachstanu⁴

Pierwszy poligraf pojawił się w Kazachstanie dopiero na początku lat 90. ubiegłego wieku w jednym z prywatnych banków. Był to amerykański poligraf marki Lafayette. Urządzenie wzbudziło duże zainteresowanie wśród kazachskich przedsiębiorców przebywających w Ameryce, którzy

3

1980, s. 208.

4 Źródło: zdjęcie pochodzi z niepublikowanego wystąpienia Aleksowskiego podczas międzynarodowej konferencji poligraficznej *Badania poligraficzne w Europie środkowej i Wschodniej po 1990 roku*, która odbyła się w Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego w Krakowie od 12 do 13 czerwca 2017 r.

sprowadzili to urządzenie do swojej ojczyzny. Jednak z uwagi na ówczesny brak rodzimych ekspertów z zakresu badań poligraficznych urządzenie marki Lafayette nigdy nie znalazło praktycznego zastosowania⁵.

Druga próba praktycznego zastosowania poligrafu w Kazachstanie również zakończyła się niepowodzeniem. Tym razem był to radziecki poligraf o nazwie Delta. Sprowadzono go do Kazachstanu w drugiej połowie lat 90. Trafił on docelowo do Ministerstwa Obrony Republiki Kazachstanu⁶. Jednak jak na tamte czasy dla Kazachów urządzenie to było zbyt skomplikowane, co rodziło trudności w jego obsłudze. Poligraf przekazano do pracy osobom pracującym w szeregach organów bezpieczeństwa krajowego. Dopiero wówczas pracownicy tych organów rozpoczęli praktyczne szkolenia z zakresu prowadzenia badań poligraficznych. Jak sami zainteresowani przyznali, w tamtym czasie nie posiadali oni jeszcze jakiegokolwiek doświadczenia w tym zakresie. Mimo podjęcia kilku prób osobom odbywającym to szkolenie udało się otrzymać jedynie krzywe fizjologiczne z wykorzystywanego poligrafu, ale do stworzenia powolnych testów i przeprowadzenia psychofizjologicznych badań poligraficznych nigdy nie doszło⁷.

Niestety także trzecie podejście wdrożenia badań poligraficznych do systemu służby śledzenia nie zostało zakończone sukcesem. Na przełomie XX i XXI w. jeden z naukowych oddziałów organów ochrony Kazachstanu otrzymał za zadanie stworzyć własny poligraf pod nazwą Adal (*adaa* w polskim tłumaczeniu oznacza sprawiedliwość)⁸. Wyprodukowano kilka egzemplarzy tego poligrafu. Urządzenia te co prawda rejestrowały podstawowe reakcje fizjologiczne (tj. system oddechowy, aktywność układu sercowo-naczyniowego, reakcje skórno-galwaniczne oraz napięcie mięśniowe), ale ostatecznie poligraf Adal był tylko prototypem, który nie sprawdził się w użytkowaniu i został ostatecznie wycofany z eksploatacji⁹.

⁵ ... , -15 -
...
... , [w:] -

... et al., 2014, s. 50.

⁶ *Idem*, - , [w:]
... ,
1 2015, s. 48.

⁷ *Idem*, ..., op. cit.

⁸ *Idem*, ... ,
- ” 2015, 4, s. 23.

⁹ *Idem*, .., op. cit.



Fot. 3. Na zdjęciu prototyp poligrafu Adal () kazachskiej produkcji¹⁰

W późniejszym czasie do Kazachstanu przywieziono aparaturę pochodzącą od dwóch rosyjskich producentów - Walerego A. Warłamowa i Aleksandra P. Sosznikowa. Ich poligrafy - Kris, RIF, Barrier-14, Polarg i Diana - zajęły czołowe pozycje wśród tego typu urządzeń w Kazachstanie. Najbardziej popularnym urządzeniem wśród kazachskich ekspertów był komputerowy poligraf Diana, natomiast wśród poligrafów zagranicznych amerykański Axciton¹⁰.

Siergiej J. Aleksowski wskazuje, że pierwsze wzmianki o zastosowaniu poligrafu w działalności dochodzeniowo-śledczej oraz w badaniach kadrowych w instytucjach państwowych Republiki Kazachstanu zostały ujęte w pierwszym kazachskim podręczniku kryminalistyki wydanym w 2002 r. pod kierownictwem profesora Aleksandra F. Aubakirowa¹². Jeden z rozdziałów tej książki dla studentów nosi tytuł *Nietradycyjne metody otrzymania informacji w trakcie dochodzenia* i jest on poświęcony problemom wykorzystania poligrafu w kryminalistyce¹³.

Badania poligraficzne po raz pierwszy zostały przeprowadzone w działaniach operacyjno-rozpoznawczych przez MSW Republiki Ka-

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Szczegółowo o historii rozwoju psychofizjologicznych badań poligraficznych w Republice Kazachstanu można przeczytać w artykułach: . . . ,
..., *op. cit.*, s. 23-26; *idem*,
: , [w:]
i i: . i III i .
.- . , ! 2015, s. 81-85; S. Khamzin, S.J. Aleksowski, *Polygraph Abroad - Destination Kazakhstan*, „APA Magazine. The Magazine for the Polygraph Professional” 2016, Vol. 49, No. 4, s. 53-57.

¹² . . . *et al.*, :
 , 2002, s. 672-700.

¹³ . . . , ..., *op. cit.*

zachstanu na początku 2000 r.¹⁴ Natomiast pierwszy akt prawny odnoszący do badań poligraficznych został przyjęty w 2002 r. w Komitecie Narodowego Bezpieczeństwa. Akt ten regulował przeprowadzenie badań poligraficznych podczas kwalifikacji do służby w organach ścigania. Powyższa instrukcja została zaakceptowana przez prezesa Komitetu Bezpieczeństwa Narodowego Republiki Kazachstanu i przez dłuższy czas służyła jako dyrektywa w tej sferze¹⁵.

Pierwsze w historii Kazachstanu zrzeszenie ekspertów psychofizjologicznych badań poligraficznych nosi nazwę Ałmatyjskie Stowarzyszenie Poligraferów i powstało 1 lipca 2008 r.¹⁶ Dlatego też w Kazachstanie oficjalnie dzień 1 lipca uznano za datę narodzin kazachskich badań poligraficznych. Przewodniczącym stowarzyszenia obecnie jest kazachski ekspert w dziedzinie badań poligraficznych Aleksowski. Do podstawowych zadań stowarzyszenia należy udzielenie informacyjnej i metodologicznej pomocy ekspertom z zakresu badań poligraficznych. Ałmatyjskie Stowarzyszenie Poligraferów udziela pomocy osobom badanym w obronie ich interesów od nieuzasadnionego i nieprofesjonalnego zastosowania badań poligraficznych ze strony niewykwalifikowanych poligraferów. Obecnie szeregi stowarzyszenia zasilają już ponad dwadzieścia pięć osób. Przy czym eksperci zajmujący się badaniami poligraficznymi pełnią czynną służbę w siłach zbrojnych, zgodnie z ustawodawstwem, nie wchodzi w skład stowarzyszenia poligraferów. Z biegiem czasu Ałmatyjskie Stowarzyszenie Poligraferów zaakceptowało członkostwo poligraferów z praktycznie wszystkich miast Kazachstanu, a także Rosji, Białorusi, Kirgistanu, Azerbejdżanu, Mongolii i innych państw, a w 2012 r. dostało ono nową nazwę - Euroazjatyckie Stowarzyszenie Poligraferów¹⁷.

¹⁴ ... ,
...
... , [^:]
... , ... , 2016, s. 169.

¹⁵ ... , ... ,

¹⁶ ... ,
... , [^:]

75- ... , 2011, s. 25.

¹⁷ ... ,



Fot. 4. Logo Euroazjatyckiego Stowarzyszenia Poligraferów¹⁸

Jest to jedyna w Republice Kazachstanu organizacja, która skupia osoby zawodowo zajmujące się badaniami poligraficznymi. Pod egidą tego stowarzyszenia działa centrum naukowe, które zajmuje się przygotowaniem zawodowym osób zajmujących się wykonywaniem badań poligraficznych w Republice Kazachstanu. Póki co w Kazachstanie nie ma instytucji państwowych, które zajmowałyby się przygotowaniem ekspertów w tym zakresie. Dlatego też nie ma nadal grupy do wiadczonych ekspertów zajmujących się tą tematyką w organach państwowych.



Fot. 5. Siegiej J. Aleksowski, prezes Euroazjatyckiego Stowarzyszenia Poligraferów, pułkownik rezerwy, doktor nauk prawnych, profesor Euroazjatyckiej Akademii Prawa im. Dynmuchameda A. Kunajewa w mieście Ałmaty¹⁹

W Kazachstanie zastosowanie badań poligraficznych traktowane jest jako nietradycyjna metoda uzyskiwania nowej informacji dla prowadzonego postępowania²⁰. Badania poligraficzne cieszyły się tam do dziś popularnością w różnych departamentach MSW Republiki Kazachstanu. Badania były wykonywane w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych, a także w innych organach ścigania tego państwa.

¹⁸ Dostępne na: www.poligraph.kz [stan na: 27.10.2017].

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ ..., *op. cit.*, s. 169.

Powszechne wykorzystywanie poligrafu w większości przypadków wiąże się z przeprowadzaniem badań podczas rekrutacji kandydatów do służby w instytucjach państwowych. Obecnie organy śledcze Republiki Kazachstanu rzadko korzystają z usług specjalistów z zakresu badań poligraficznych do celów związanych z postępowaniami przygotowawczymi - dochodzeniami (z wyjątkiem Komitetu Bezpieczeństwa Narodowego Republiki Kazachstanu). Możliwość karnoprawnego zastosowania badań poligraficznych jest ograniczona, ponieważ do chwili obecnej istnieje luka prawna, która hamuje rozwój i wykorzystanie tej metody w wykrywaniu przestępstw oraz prowadzeniu postępowań. Jak zauważa Milstein Mikhail Markovich - główny specjalista ds. technologii informatycznych w Kazachstanie - należy podkreślić, że z punktu widzenia metodycznego umiejętnie i prawidłowo przeprowadzone badanie poligraficzne nie jest sprzeczne z literą prawa obowiązującego w Republice Kazachstanu²¹.

W przypadku zastosowania badań poligraficznych w sprawach karnych przełomem był 2011 r., kiedy to kierownictwo państwa najwyższego szczebla, na czele z prezydentem Republiki Kazachstanu Nazarbajewem, zwróciło szczególną uwagę na wdrożenie i rozwój badań poligraficznych w pracy organów śledczych oraz służb specjalnych państwa. Dużą nadzieję wiązano z badaniem poligraficznym jako skutecznym instrumentem przeciwdziałania korupcji. W styczniu 2011 r. w trakcie posiedzenia kolegium MSW prezydent Kazachstanu Nazarbajew zainicjował politykę stopniowego wdrażania badań poligraficznych do systemu pracy organów państwowych Republiki Kazachstanu oraz opracowania aktów normatywnych określających przeprowadzenie tych badań. Wyraził on opinię, by poszerzyć zastosowanie poligrafu w pracy z personelem, szczególnie podczas powoływania na stanowiska kierownicze osób, których praca związana jest z finansami oraz odpowiedzialnością materialną. Pierwszą instytucją, w której nastąpiły zmiany podczas rekrutacji, była policja drogowa. W przyszłości takie badanie miałyby obejmować również osoby mianowane na wysokie stanowiska rządowe²².

W ustawie o służbie w organach śledczych dopuszczono zastosowanie badań poligraficznych wobec: obywateli chcących wstąpić do służby w organach śledczych Republiki Kazachstanu²³; funkcjonariuszy orga-

²¹ , dostępne na: www.poligraph.kz [stan na: 27.10.2017].

²² . . . , . . . , *op. cit.*, s. 169.

²³ Art. 6, pkt 5: „Obywatele przyjmowani do służby w organach ochrony prawnej w celu określenia przydatności do służby przechodzą obowiązkowe badania le-

nów cigania podczas kolejnej weryfikacji²⁴ oraz funkcjonariuszy organów cigania, wobec których prowadzone jest wewnętrzne postępowanie słu bowe²⁵.

Wynikiem wyrażonej woli prezydenta było przyjęcie ustawy nr 552-IV z dnia 13 lutego 2012 r. w Republice Kazachstanu o specjalnych organach państwa Republiki Kazachstanu, w której w art. 7 pkt. 3 określono, że: „obywatele przyjmowani do służby w specjalnych organach państwa obowiązkowo przechodzą badania psychofizjologiczne i lekarskie [...], a także badanie poligraficzne w celu określenia ich przydatności do służby”. Zgodnie z tą samą normą „tryb przeprowadzenia badań poligraficznych określa pierwszy kierownik specjalnych organów państwa”²⁶.

Proces omówienia i przyjęcia tych zmian spowodował burzliwą reakcję społeczeństwa. Zarówno w internecie, jak również w innych rodzajach masowego przekazu najczęściej omawianą informacją co do nadchodzących zmian była kwestia stosowania badań poligraficznych podczas kwalifikacji kadrowych w organach cigania. Dla kazachskiego społeczeństwa temat ten stał się dla niego ważniejszy i popularniejszy niż przyczynek do dyskusji dotyczącej możliwości swobodniejszego użycia broni słu bowej przez funkcjonariuszy w stosunku do obywateli Kazachstanu.

Nastąpił długi okres omówienia Zasad przeprowadzenia badań poligraficznych w organach cigania Republiki Kazachstanu. Prace nad przygotowaniem stosownych zasad zlecono Prokuraturze Generalnej Republiki Kazachstanu²⁷.

19 czerwca 2014 r. na mocy postanowienia rzędu Republiki Kazachstanu nr 683 zatwierdzono pierwszy akt normatywny określający cy procedur przeprowadzenia badań poligraficznych, czyli Zasady przeprowadzania badań poligraficznych w organach cigania Republiki Ka-

karskie i psychofizjologiczne przeprowadzane przez komisje wojskowo-lekarskie, w tym także badanie poligraficzne. Obywatele ubiegający się o przyjęcie do służby antykorupcyjnej przechodzą badanie poligraficzne we właściwej jednostce organu ds. służby państwowej i zapobiegania korupcji”.

²⁴ Art. 47, pkt 5, ppkt 3-1: „Weryfikacja funkcjonariuszy przewiduje szereg następujących po sobie etapów: [...] badanie poligraficzne.

²⁵ Art. 58, pkt 1: „W razie konieczności w ramach przeprowadzanego postępowania słu bowego stosuje się badanie poligraficzne”.

²⁶ 13.02.2012, 552-IV „...”.

²⁷ ... *et al.*, ... *idem*, F > 2014, s. 76-78.

zachstanu, które określają tryb przeprowadzania badań poligraficznych w ród obywateli ubiegających się o przyjęcie do służby w instytucjach państwowych²⁸.

W pkt 2 tego postanowienia podane są podstawowe pojęcia, takie jak:

„Poligraf” określone jako urządzenie techniczne przeznaczone do rejestrowania dynamiki reakcji fizjologicznych (pracy oddechowej, aktywności sercowo-naczyniowej, reakcji skórno-galwanicznej, aktywności ruchowej, mimiki twarzy) w procesie zadawanych pytań testowych osobie w odpowiedzi na przekazywane bodźce werbalne i wizualne, zobrazowane analogowo i (lub) cyfrowo²⁹.

„Badanie poligraficzne” zostało określone jako procedura pytań testowych polegająca na rejestrowaniu za pomocą specjalnych czujników różnych reakcji fizjologicznych człowieka, które powstają w trakcie psychofizjologicznego badania poligraficznego³⁰.

„Ekspert z zakresu badań poligraficznych” jest to osoba mająca stosowne przygotowanie i posiadająca dokument (certyfikat, dyplom, świadectwo) potwierdzający jej uprawnienia do przeprowadzenia badania poligraficznego³¹.

W zatwierdzonych przez rząd Zasadach przeprowadzania badań poligraficznych w organach ścigania Republiki Kazachstanu wyróżniono także kategorie osób i przypadki, w których obowiązkowo przeprowadza się badania poligraficzne. Określono tam też cel badania poligraficznego, które ma za zadanie „uzyskać dodatkową informację i sprawdzenie wiarygodności informacji przekazywanych przez obywateli przyjmowanych do służby w organach ścigania (oraz na naukę w instytucjach edukacyjnych podlegających organom ścigania)”³².

Z pytań testowych wyłączone są te, które odnoszą się do życia intymno-osobistego człowieka, by wykluczyć sytuacje powodujące powstanie u osoby badanej poczucia upokorzenia lub zniewagi. Dodatkowo określono dopuszczalne obciążenie prac osób przeprowadzających badanie poligraficzne. W ciągu jednego dnia specjaliści z zakresu badań poligraficznych nie wolno dokonywać więcej niż dwóch badań. Ponadto

²⁸

6.01.2011, 380-IV „

» (ze zmianami i uzupełnieniami według stanu na 29.10.2015 r.); -
19.06.2014, 683 „

”.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

wskazano również sposób wykorzystania informacji uzyskanej w trakcie badania poligraficznego: „Informacja otrzymana w trakcie badania ma charakter probabilistyczny, rekomendacyjny, a także znaczenie wspomagające”³³. Dodatkowo wskazano, że cała informacja otrzymana w wyniku badania poligraficznego przeznaczona jest wyłącznie dla celów słu bowych. Najbardziej charakterystyczną kwestią dotyczącą badań poligraficznych do celów kadrowych jest brak konieczności dobrowolnej zgody badanego na przeprowadzenie badania poligraficznego³⁴.

Jedną z określonych przyczyn wykluczających możliwość przeprowadzenia badania poligraficznego w Republice Kazachstanu jest „niezadowolające samopoczucie” osoby wytypowanej do badania. Jednak z analizy wyżej wymienionych dokumentów wynika, że pojęcie „niezadowolające samopoczucie” nie zostało tam jednoznacznie sprecyzowane. Zwrócono także uwagę na choroby układu sercowo-naczyniowego oraz oddechowego. Jednocześnie nie stwierdzono, że badana osoba powinna przedłożyć stosowne zaświadczenie lekarskie. Brak jest danych określających informacje, które lekarz powinien zapisać w tym zaświadczeniu.

W kolejnych punktach Zasad przeprowadzania badań poligraficznych w organach ścigania Republiki Kazachstanu przewidziano także wypełnienie przez osobę, która ma zostać poddana badaniu, ankiety składającej się z dwóch rozdziałów. Dodatkowo określono czas trwania nieprzerwanego badania osoby, który nie powinien być dłuższy niż 120 min. W celu zmniejszenia obciążenia w trakcie badania osoba badana powinna mieć możliwość odpoczynku do 15 min³⁵.

Obecnie nie ma żadnego stosownego dokumentu resortowego, który wskazywałby konkretny porządek przeprowadzania badań poligraficznych przez organy ścigania. Kazachowie zwracają uwagę na pojawienie się wielu negatywnych czynników, takich jak nieprawidłowe konstruowanie pytań testowych, wybór metodologii przeprowadzania badań oraz ocena samych poligramów. Przyczyny pojawienia się tych negatywnych czynników Kazachowie upatrują w braku dostępu do fachowej literatury oraz w trwającym kryzysie ekonomicznym. Zwrócono uwagę na istotne mechanizmy, mogące znacznie polepszyć wiarygodność uzyskanych wyników, to jest jasne zasady przeprowadzania badań, czyli wyznaczenie naukowych i powszechnie używanych metod przeprowadzania badań poligraficznych, które pomogłyby w opracowaniu

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

własnej metodyki oraz odpowiedniej kontroli ekspertów prowadzących badania³⁶.

Z informacji pochodzących od urzędników i płynących z przekazów medialnych oraz będących efektem dyskusji przy okrągłym stole³⁷, a dotyczących problematyki wykorzystania badań poligraficznych w Kazachstanie wynika, że masowe badania poligraficzne pracowników Ministerstwa Spraw Wewnętrznych, urzędników, celników będą możliwe tylko po przyjęciu ustawy o psychofizjologicznych badaniach poligraficznych, która całkowicie ureguje procedur tych badań. Toczy się dyskusja dotycząca zapisów wyżej wymienionej ustawy pozwalających, a nawet nakazujących, wszystkim obywatelom (wprowadzenie obligatoryjnego mechanizmu weryfikacji) poddaniu się badaniu poligraficznemu, jednocześnie nie naruszając ich konstytucyjnych praw. Jednak powstają wątpliwości na temat tego, czy dana ustawa rzeczywiście stworzy wspólne i uniwersalne reguły dla wszystkich instytucji? W jaki sposób realizowane będą rezultaty prowadzonych badań poligraficznych? A przede wszystkim, jakie działania trzeba będzie podjąć w stosunku do tych osób, które nie przejdą pomyślnie badania poligraficznego?³⁸

Mając powyższe na uwadze, to jeżeli w Kazachstanie zostanie opracowana osobna ustawa o zastosowaniu psychofizjologicznych badań poligraficznych, to niezależnie od tego, jaka by była jej treść oraz jakie prawa i ograniczenia co do zastosowania psychofizjologicznej metody wykrywania nieśzczerości by wprowadziła, zasadne jest, aby ta ustawa obowiązkowo obejmowała, lub chociaż uwzględniała, pewne podstawowe wymagania, które już od dawna i z powodzeniem mają swoje zastosowanie w np. Stanach Zjednoczonych.

Kazachowie zwracają uwagę na to, by metoda psychofizjologicznych badań poligraficznych zajęła właściwe miejsce w działalności kazachskiej społeczno-prawniczej, tak jak ma to obecnie miejsce w Federacji Rosyjskiej. W Rosji adwokaci zlecają przeprowadzenie badania poligraficznego przez niezależnego specjalistę w stosunku do swoich klientów w celu uzyskania dodatkowych informacji, które w niektórych przypadkach mogłyby stanowić istotną formę dowodów (dowodu odcisną -

³⁶ ... ,
... , [w:]
..., *op. cit.*, s. 100-101.

³⁷ ... ,
... , [w:]
..., *op. cit.*, s. 25.

³⁸ *Ibidem*.

si na rosyjski jako „on”, „ona” lub „ono”⁴². Bajsachalow pisze dalej, że przy próbie określenia przynależności etnicznej konkretnego człowieka zwraca się należy do osób badanych za pomocą słowa „bauyrym” (brat lub siostra), które określa najbliższych osób, na której może polegać tak samo jak na sobie⁴³. W tamtejszej mentalności Kazach „otwiera się” tylko przed „swoimi”. Osoba badana nie „otworzy się” w rozmowie przed obcą osobą w takim samym stopniu jak przed bliskim i odwrotnie. I tak do starszych przedstawicieli narodu kazachskiego należy odnosić się oficjalnie i skromnie. Do rednych przedstawicieli należy zwracać się twórczo, stosując określone słownictwo, a także pocziwie. Do młodszych przedstawicieli należy zwracać się bezpośrednio. W kulturze kazachskiej, kiedy po raz pierwszy spotykają się dwaj nieznajomi Kazachowie, to przede wszystkim wyjaśniają, do jakiego rodzaju plemennego kady z nich należy i czy są w ród ich najbliższych krewni po linii ojca. Mawiają: „Kazach wszędzie znajdzie krewnego”⁴⁴.

Bajsachalow zauważa ponadto, że trudno ci w przeprowadzaniu badań poligraficznych na osobach kazachskiej zyczy i innych, takie jak:

1. Osoba badana na wszystkie pytania poszukuje, może ci racjonalizacji, że rzekomo odpowiada zgodnie z prawdą.
2. Osoby o niskiej inteligencji praktycznie nie odczuwają moralnych w tliwości wynikających ze strachu, i mogą zostać przyłapane na kłamstwie (nie ma nawet takiej możliwości, aby odróżnić prawdę od kłamstwa, a także zrozumieć cel i procedurę badania), co może być wynikiem niewłaściwej rozmowy prowadzonej z kandydatem przez kierownictwo firmy, w której ubiega się o pracę.
3. Osoba, która nadmiernie boi się badania poligraficznego lub obciążona jest kompleksem winy, będzie sporym wyzwaniem w trakcie rozmowy przedtestowej.
4. Badany po przeprowadzeniu rozmowy przedtestowej na inaczej sformułowane pytania („niezależnie od tego” lub „poza tym, co już mi Pan powiedział”) i tak reaguje na pierwsze sformułowanie⁴⁵.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Na przykład: „Czy miał Pan kiedykolwiek do czynienia z policją?” badany odpowiada „tak” i opowiada, że pewnego razu został zatrzymany w związku z podejrzeniem o kradzież i po przesłuchaniu został wypuszczony. Ekspert sformułuje to pytanie w sposób następujący: „Czy poza tym, co Pan powiedział, miał Pan kiedykolwiek do czynienia z policją?”, jednak badany reaguje mimo wszystko jak na pierwszy wariant odpowiedzi.

- MSW, m.in. do: Agencji Republiki Kazachstanu ds. Służby Krajowej i Przeciwdziałaniu Korupcji, Służby Ochrony Kraju, Komitetu Bezpieczeństwa Narodowego, Komisji ds. sytuacji nadzwyczajnych, Komitetu Dochodów Finansowych Ministerstwa Finansów, Prokuratury Generalnej, Ministerstwa Obrony⁴⁸.

Aktualnie badania poligraficzne w organach ścigania Kazachstanu wykorzystuje się głównie w trzech sferach, tj. przy prowadzeniu rekrutacji osób do służby ścigania, podczas kolejnych weryfikacji oraz na potrzeby postępowania sądowych⁴⁹.

Podsumowując, należy stwierdzić, że podjęte dotychczas próby uregulowania prawnego dotyczące możliwości stosowania psychofizjologicznych badań poligraficznych w Republice Kazachstanu są jednymi z najbardziej spornych obszarów w tym kraju. Z punktu widzenia Polski, gdzie badania poligraficzne funkcjonują od ponad półwiecza niezwykle interesująca jest możliwość obserwacji wszystkich etapów wdrażania tych badań na użytek instytucji państwowych i dostosowywania ich do obowiązujących procedur procesowych w Republice Kazachstanu.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹

Marek J. Lubelski

Wokół książki Henri Gaumého *Wi zienie: najwi kszy hotel Francji*¹

Aby rozpocząć ten skromny esej, ofiarowany z okazji Jubileuszu Profesorowi Janowi Widackiemu, wypada rozpocząć od kilku słów o książce, której tytuł zamieściłem powyżej, i jej Autorze. Muszę jednak zacząć od pewnych uwag ogólnych, niech tak będzie - wprowadzających.

Prawdą mówię, zainteresowałem się książką Gaumého i kupiłem ją w naukowej księgarni prawniczej wydawnictwa Dalloz, znajdując się w Paryżu koło Panteonu i Sorbony, podczas niedawnego pobytu na krótkim wyjeździe naukowym przede wszystkim ze względu na jej tytuł - przecież chodzi w nim (zawiera w sobie) o prowokację intelektualną: czy można na zderzyć ze sobą bardziej drastycznie dwa określenia niosące całkowicie przeciwstawne skojarzenia jak „wi zienie” i „hotel”?

Wi zienie to przecież miejsce odosobnienia, samo umieszczenie w nim niesie jak formę napiętnowania, prawa i wolno ci osadzonych są ograniczone, w oknach zapewne są kraty, pomieszczenia pobytu zwie się celami, wokół znajdują się uzbrojeni strażnicy. Chyba coś takiego, takie właśnie obrazy i skojarzenia pojawi się w naszych głowach na dźwięk słowa „wi zienie”. I chyba nie tylko w Polsce, uwzględniając oczywiście odmiennie czyste językowe. Hotel to miejsce pobytu

¹ Książka nie została przetłumaczona na język polski, oryginalne wydanie: *La prison: plus grand hôtel de France*, La Simmare, Joué-les-Tours 2016.

podró nych, gdzie za pewn , okre lmy to - stosown do okoliczno ci, opłat mo na sp dzi noc, kilka dni, a mo e i dłu szy okres, korzystaj c przy tym cz sto z innych usług, w tym z mo liwo ci wy ywienia si (spo ycia posiłków).

Trzeba te na wst pie powiedzie , e w Polsce „wi zienie”, odpowiednik francuskiego *prison*, to termin raczej archiwalny. Obecne polskie prawo karne mówi o zakładzie karnym, i to od dziesi tek lat (a dokład nie od 1970 r.), wła nie m.in. dlatego, aby walczy z balastem znaczeniowym płyn cym z historii, balastem synonimu represji i poni ania (a nadto cz sto złych warunków bytowych) w traktowaniu wi niów. Ta zmiana terminologiczna jest dla karnisty rzecz niezwykle wa n ².

Kara pozbawienia wolno ci to oczywi cie ci gle najwa niejszy rodek, je li tak mo na powiedzie , jakim dysponuje prawo karne w odpowiedzi na przest pstwo. Kar pozbawienia wolno ci wykonuje si w zakładzie karnym. Mamy liczn populacj osób osadzonych w zakładach karnych i aresztach ledczych. Bywało w powojennej historii, m.in. w latach siedemdziesi tych ubiegłego wieku, e liczba osób „za kratami” przekraczała 100 tys. Aktualnie jest ich ponad 73 tys., w tym ponad 66 tys. to skazani, nieco mniej ni 6 tys. to tymczasowo aresztowani (dane na koniec lutego 2017 r.). Ł czna liczba miejsc w jednostkach penitencjarnych wynosiła za powoływany okres sprawozdawczy 79 438, czyli „zaludnienie” kształtowało si na poziomie 90,4% pojemno ci wyznaczonej standardami penitencjarnymi³. Wszystkie podane warto ci s oczywi cie zmienne w czasie, a e s one do znaczne, to prognozowanie zmian populacji nie jest łatwym zadaniem. Niemniej jednak przedstawione dane maj i tak istotn warto informacyjn . Zaraz przedstawimy podstawowe informacje o populacji wi ziennej Francji zaczerpni te wła nie z pracy Gaumego⁴.

² Podkre lał ten fakt nestor polskiej penitencjarystyki profesor Stefan Lelental w czasie swoich wyst pie w czasie niedawno odbytej w Olsztynie konferencji *Mi dzy stabilno ci a zmienno ci prawa karnego. Dylematy ustawodawcy* w Olsztynie w pa dzierniku 2017 r. Organizatorem był Uniwersytet Warmi sko-Mazurski, materiały z konferencji zawiera publikacja pod takim wła nie tytułem (red. W. Cie lak i M. Roma czuk-Gr cka, Olsztyn 2017); w nich tak e znajduje si mój artykuł *System rodków reakcji prawnokarnej na czyn zabroniony* (s. 113-125). Prezentowany esej bezpo rednio koresponduje z tematyk przywołanej konferencji i z wygłoszonym na niej moim referatem.

³ Przedstawione dane zaczerpni te z strony internetowej Słu by Wi ziennej - www.sw.gov.pl [stan na: 28.10.2017].

⁴ Wedle niedawnych doniesie prasowych przygotowywany jest w Ministerstwie Sprawiedliwo ci projekt zmian ustaw karnych, tak aby w razie przekroczenia

Mówię o Francji w tym esej, nieuchronnie w jakim stopniu mówię o Polsce. W głowie dudni pytanie - czy by było w Polsce groziło nam to, o czym pisze Gaume? Czy zakłady karne, bo więzień przecie *de nomen* nie mamy, mogły stać się „największymi hotelami w Polsce”? Jeśli populacja więzienna będzie dalej nieuchronnie wzrastać i aby nie gdzieś lokować kolejnych osadzonych, zgodnie z minimalnymi standardami bytowania, to czy będziemy musieli budować nowe zakłady karne, szkolić nowy personel i na koniec znajdować na to wszystko środki w budżecie?⁵ Zakład karny w Polsce pewnie długo jeszcze nie będzie hotelem, nawet jednogwiazdkowym, niemniej innego kierunku nie poprawa (w różnych wymiarach i odcieniach tego słowa - tak jest po prostu ogólnych warunków bytowania osadzonych), wyznaczona jest, jest tak to określić, postępem cywilizacyjnym i przynależności do coraz bogatszej Europy, nawet jeśli jest to tylko Europa rodowa, czy - nie bójmy się takiego określenia - rodowo-Wschodnia

Wypada powiedzieć jeszcze, bo ci głębiej tego nie uczyniłem, kilka słów o autorze książki, która sprowokowała mnie do nakreślenia tego esej. Jak wynika z noty wydawcy, Henri Gaume jest, określamy to tak, społecznikiem, który zainteresował się rzeczywistością penitencjarną. Ponad

maksymalnej, zgodnie ze standardami określonymi przepisami obowiązującego w Polsce prawa karnego wykonawczego, populacji w zakładach karnych sady mogły odraczać wykonanie kar orzeczonych do pewnej progowej wysokości (mowa jest o jednym roku pozbawienia wolności). Standardy penitencjarne wyznacza m.in., poza licznymi aktami prawa międzynarodowego, kodeks karny wykonawczy, który przykładowo w art. 110 określa minimalną powierzchnię celi mieszkalnej (3 metry kwadratowe) przypadającą na jednego skazanego.

Niniejsze opracowanie nie ma charakteru czysto naukowego. Pozwalam więc sobie na pewne uproszczenia, naukowo wymagające zapewne wartościowej dyskusji, jak np. wyliczenie dynamiki zmian populacji więziennej w Polsce na przestrzeni lat w powiązaniu, rzecz jasna, z zmianami populacji generalnej. Kieruję się raczej, nieco przynajmniej, w stronę standardów publicystyki prasowej, chyba łatwiejszej w uprawianiu, bo niepodlegającej surowym rygorom recenzji naukowych. Niemniej jednak usprawiedliwiam się zasadniczo, jednak rzecz jest o Francji, sama książka Gaumégo spełnia standardy wysokie poznawcze, nie będzie zarazem traktatem *stricto* naukowym. Moje refleksje kreślone „na marginesie” mogłyby więc, mam nadzieję, tak jest naukowym uprawnieniem prowadzone! Chodzi mi w tym opracowaniu o ogólniejsze niż o Francję, o Polskę, i dających się wyobrazić perspektywę, tego co określamy bardzo ogólnie mianem prawa karnego, a właściwie jednego z jego (prawa karnego) fundamentalnych wymiarów, którym jest kara czy może lepiej - reakcja prawnokarna we współczesnym świecie, światie zasadniczo oglądanym z perspektywy dwóch krajów Europy (Unii Europejskiej, aby nie było niedomówień).

tyś c razy, jak podaje wydawca na obwolucie, przekroczył bramy aresztów i zakładów karnych („la maison d'arrêt et un centre pénitentiaire”), angażując się w pomoc osobom społecznie niezaadaptowanym (u nas odpowiednikiem jest zapewne program Patronat, który jednak od lat w moim oglądzie nie zaznacza swojej obecności w przestrzeni publicznej; kiedyś, jeszcze w latach osiemdziesiątych, bardzo aktywny). Swoje spostrzeżenia, refleksje, oceny i, wyprowadzane z takiego oglądu, wnioski oraz postulaty zmian ról i funkcjonowania tej niesamowitej społeczności, jak jest zakład penitencjarny⁶, Gaumé chce upowszechnić, słuszenie uważając, że nawet prawnicy, sędziowie, adwokaci i prokuratorzy, uczestnicy procesów karnych, mają przecież sto tylko blade pojęcie o tym, co dzieje się „za murami”, i jak ten świat naprawdę wygląda.

Mamy i w Polsce reporterów z tego przedziwnego świata „za murami”. Niewątpliwie aktualnie na pierwszym miejscu trzeba chyba, moim zdaniem, wymienić Pawła Moczydłowskiego, który w latach 1990-1994 kierował Centralnym Zarządem Zakładów Karnych, autorem m.in. *Drugiego życia w więzieniu*⁷. Na pierwszej stronie tej książki zamieszczono tak oto sentencję, która równie dobrze mogłaby otwierać prace Gaumégo: „Książkę polecamy prawie wszystkim obywatelom, czyli urzędnikom, którzy podjęli trud budowy domu jednorodzinnego »z pensji«; nie tylko młodocianym kierowcom zasiadającym do swych wozów po pijanemu; biznesmenom - poszukiwaczom szybkiego zysku, przekupnym politykom; i wszystkim innym biegającym na skróty... do »pudła«”⁸.

Trudno w tym miejscu nie odnotować myśli następującej: lista zasług onych penitencjarystów polskich jest długa. O jednym z nich, ciście aktywnym na polu nauki i nie tylko, podobnie zresztą jak Moczydłowski, Stefanie Lelentalu, była już mowa. Niektórych, jak Jerzego Liwowskiego, przywołałam w dalszej części tego eseju. W tym miejscu przywołałam jeszcze Stanisława Walczaka, profesora UW, autora opracowania (podręcznika), będącego chyba pierwszym w Polsce próbującym system-

⁶ Idę za autorem, takimi instytucjami (a właściwie instytucjami, gdyś nimi zakłady karne i areszty ledcze, ale nie jedynie, boś przecie i zakłady poprawcze czy inne podobne w swym charakterze o rodki dla nielegalnych imigrantów czy osób zagrożających bezpieczeństwu innych ze względu na swe cechy psychiczne, zwanych niepoprawnymi) te prawidłowo można określać.

⁷ P. Moczydłowski, *Drugie życie w więzieniu*, Warszawa 2002. Jest to wydanie zmieniłone opracowania, które ukazało się w Warszawie w 1991 r. Wedle tylnej obwoluty książki ma to być swoja wersja amerykańska: *The Hidden Life of Polish Prisons*, Bloomington (IN) 1992.

⁸ *Ibidem*, s. 9.

mowego penitencjarystyki: *Prawo penitencjarne. Zarys systemu*⁹. Trudno się mi powstrzymać od wskazania i innych osobowości i ich działań i publicystyk wiat „za murami” z wiatem otwartym. Krzysztof Olkiewicz to był dyrektor okręgowy Służby Więziennej w Koszalinie, który zasłynął tym, że wpłacił 40 gr zaległej grzywny za niepełnosprawnego intelektualnie skazanego, za co poniósł, paradoksalnie, konsekwencje służbowe i opuścił służbę więzienną¹⁰. Inny wart tu przywołania naukowiec, aktywny w debacie i edukacji społecznej, w tak trudnych i budzących silne kontrowersje kwestiach jak karanie, to profesor UW Monika Płatek¹¹. Jubilat profesor Jan Widacki, któremu ten esej poświęcam, penitencjarystą nie jest, ma za to w dorobku publikacje o dużej wadze upowszechniania wiedzy o karaniu, jak choćby wydana w niedawno praca *Populizm penalny*, którą Widacki otwiera tymi słowami: „Czym ma być prawo karne? Czy ma zabezpieczać uniwersalne wartości? A jeśli tak – to jaki jest zakres tych wartości i kto je ma określać?”¹² Nieco dalej Widacki wraca, do poruszanej często przez Płatek sprawy ustawy z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzającymi zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób i pisze o ustawie tak: „Szczególnie dra-

⁹ Wydany przez PWN w Warszawie w 1972 r. Wedle mej pamięci w latach 60. XX wieku minister sprawiedliwości, a potem współorganizator Instytutu Pedagogiki Społecznej i Resocjalizacji UW.

¹⁰ Do 1 września 2017 r. zastępca rzecznika praw obywatelskich – por. np. M. Pietraszewski, *Kto ma karać za mojego guza?*, „Gazeta Wyborcza” [dodatek katowicki] 29.09.2016, s. 3.

¹¹ Przywołam tylko najnowsze wypowiedzi M. Płatek, umieszczone w mediach prasowych (bo są i telewizyjne): *Baty na tyłu, lady na gbie*, „Gazeta Wyborcza”, 28-29.10.2017, s. 20 i 21, gdzie autorka nie po raz pierwszy formułuje bardzo ostre zdania w sprawie tzw. ustawy o bestiach z 2013 r. (zwanej też *lex Trynkiewicz*) zezwalającej na umieszczanie w zamkniętych zakładach po odbyciu kary osób, które ze względu na swoje cechy osobowości mogą być uznane za „niepoprawne” i mogące stwarzać zagrożenie dla innych. M. Płatek mówi tak: to straszne, że „można bezkarnie, przy pełnym społecznym aplauzie i braku refleksji, złamać główne zasady prawa karnego. Złamano zasadę, że prawo nie może działać wstecz, że nie można dwa razy karać za to samo, że nie można karać surowiej, stosować praktycznie bezterminowej izolacji i nie można pozbawienia, w takich warunkach, wolności, nazywając izolacją” (zdania początkowe tekstu o bardzo różnych wariantach). Nie w pełni podzielam poglądów i argumentacji autorki, ale to nie zmienia faktu, że tzw. głos rozsądku i racjonalna debata w ważnych społecznie kwestiach jest chyba jedynym antidotum na zalewający wiat zjawisko populizmu politycznego, czego przejawem jest też populizm penalny, o którym będzie w przyszłości kolejnym.

¹² *Populizm penalny*, red. J. Widacki, Kraków 2017, s. 7.

stycznym przykładem populizmu penalnego było uchwalenie tzw. ustawy o bestiach. Ju sama ta potoczna nazwa ustawy pokazuje, e ludzini obj tych pozbawiono przymiotu człowiecze stwa. Była to reakcja na panik moraln, histeri rozp tan w mediach, a podchwycon i wykorzystan przez polityków”¹³.

Z Polski przenie my si wi c ponownie do Francji. Gaumé otwiera swój ksi k (rozdział I) przytoczeniem nast puj cych liczb, a właciwie historycznych danych, bo mowa o liczbie osób „za murami” za czasów prezydentury Valéry'ego Giscarda d'Estainga, a zatem w 1974 r. liczba osadzonych wynosiła 20 tys. osób. Prezydentura François Mitterranda (tu bym si sprzeczał: nie prezydentura, a lata osiemdziesi te!) nie zatrzymała nagłego wzrostu populacji pozbawionych wolno ci - 1 listopada 1982 r. liczba ta wzrosła do 35 tys. W 2000 r., za prezydentury Jacques'a Chiraca, osób „za murami” było ju 54 tys. 1 marca 2012 r., za prezydentury Nicolasa Sarkozy'ego [jak wida Francuzi mierz czas swoimi prezydentami, tak jak kiedy mierzyli panuj cymi królami - uwaga M.J.L.], było ju 66 445 osadzonych, by 1 kwietnia 2014 r., ju za François Hollanda, podnie si do liczby 68 859 osób. Oznacza to wzrost o 344% w ci gu 40 lat, przy tym tzw. populacja ogólna (tzn. liczba Francuzów) wzrosła z 52 mln 460 tys. do 66 mln 318 tys., co oznacza wzrost o 26%, jak wylicza Gaumé¹⁴. W uproszczeniu, mówi Gaumé, „za

¹³ *Ibidem*, s. 11. Poruszone kwestie w tym opracowaniu rozwija M. Szafranska w: „Ko czy si raj dla pedofiów?”. *Populizm penalny na przykładzie ustawy o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczości na tle seksualnym*, [w:] *Populizm penalny...*, op. cit., s. 53-78. Z bardzo bogatego dorobku J. Widackiego odnotuj tu jeszcze tego Autora, spośród publikacji najnowszych: *Rozważania o prawie i sprawiedliwości*, Kraków 2007; *Szkola klasyczna w defensywie*, cykl „Dzieła Wybrane Edmunda Krzymuskiego, t. 1, Kraków 2013; *Szkice z dziejów prawa karnego i kryminologii w Krakowie. Myśli i ludzie*, Kraków 2014; *Między sensem a musem i inne rozważania*, Kraków 2015; nadto jako redaktor: *Od szkoły klasycznej do neoklasycznej w prawie karnym*, Kraków 2016. Dla dopełnienia obrazu jeden tylko, spośród naprawdę wielu, artykuł J. Widackiego z publikowanych w gazetach codziennych i tygodnikach: *Moje kryminologia? Według prof. Jana Widackiego by po prostu prawnikiem to dzi za mało*, [rozmawiała A. Niezbiedna], „Dziennik Polski”, 26.09.2013, s. A10.

¹⁴ Ograniczam się do wskazywania w tekście, a nie w przypisach, po prostu numerów rozdziałów omawianej książki, skąd pochodzą powoływane informacje, w końcu, jak już zaznaczyłem, to opracowanie nie ma charakteru ściśle naukowego, niemniej jednak w tym przypadku, bo chodzi o liczby, a te czysto są sporne i bywają przedmiotem pomyłek, strony jednak wskazuje - s. 11 i 12. Co do USA to szacunki populacji więziennej w tym kraju od lat mówią o znacznym przekroczeniu 2 mln; w 2008 r. było tam 2,3 mln uwięzionych; por. M. Bosacki, *Ameryka siedzi za kratami*, „Gazeta Wyborcza”, 1-2.03.2008, s. 10. Wskazany i wart przytoczenia jest komentarz autora tego doniesienia prasowego: „Stany Zjednoczone

murami” przebywa promil populacji! Ta wartość robi wrażenie, ale, jak przypomina autor, „za oceanem” liczba osadzonych wynosi 10 procent populacji, co niewątpliwie jest wynikiem, jak uważa autor, tzw. neorealizmu, który zapanował w amerykańskim sdownictwie: trzy razy przekroczysz wymogi prawa karnego i egnasz się z wolnością na zawsze. W każdym razie najważniejsza jest perspektywa. Jeśli dynamika wzrostu populacji więziennej się nie zmieni, to w 2020 r. we Francji liczba osób „za murami” winna osiągnąć 80 tys.¹⁵

Już w tym miejscu mogłoby być ogłoszony komentarz, który mógłby być kojący, choć takim jeszcze nie jest. Łatwo wskazać źródło tego niespodziewanego zjawiska. Nas, czyli Polski, w takim wymiarze i w takim charakterze to jeszcze nie dotyczy. Francja za to od dawna, w końcu to dawny kraj kolonialny i, mówiąc o rzeczach, Francuzi sami sobie zastrzykli na swój los, czyli na dużą liczbę imigrantów z dawnych terenów zależnych, w tym z Algierii w szczególności. Ludność odrębna od europejskiej kultury, ale się integrująca z społeczeństwem kontynentalnym, rodzi w kolejnych pokoleniach własne problemy wynikające z braku adaptacji do wymogów życia we Francji metropolitalnej, czyli bezrobocie i frustracja. Populacja ta jest dogodną bazą dla ruchów i idei radykalnych czy odwołujących się do fundamentalizmu religijnego (islamskiego). Ale, ale – to już historia, chciałoby się rzec. Skala migracji w ramach Unii Europejskiej i spoza Unii w ostatnich latach, choćby w wyniku wojen na terenie Iraku czy Syrii, Libii czy Libanu, jest zjawiskiem nowym, innym, bez podłoża kolonialnej historii kraju, co najwyżej zwiastana jest z jego frontowym, czyli nadmorskim (chodzi mi o Morze Śródziemne) położeniem. Nadto pojawia się kwestia otwarcia granic, swobodnego i trudnego do kontroli napływu różnej „wartości” ludzi, przede wszystkim

pobiły kolejny rekord w liczbie więźniów. Za kratami przebywa co najmniej dorosły Amerykanin. Wyższy odsetek miał tylko ZSRR za czasów Stalina. Cztery razy bardziej ludne niż USA Chiny mają tylko 2 miliony więźniów”. Tradycyjnie najwięcej skazanych „za kratami” jest Afroamerykanów – „siedzi co dziesiąty czarny młody człowiek”. Ale dzięki alarmowi dochodzi z każdej strony. We Francji wzrasta nie tylko za kratami populacja dorosłych. 1 sierpnia 2017 r. uwięzionych było 885 osób poniżej 18 roku życia (w Polsce nieletnio, jak wiadomo, kończy na 17 roku życia), z czego dwie trzecie jako osadzonych tymczasowo, co oznacza najwyższy poziom od piętnastu lat i oczywiście bardzo martwi Francuzów, bo przestępczość nieletnich we Francji, mierzona statystyką, wciąż nie rośnie; por. J.-B. Jacquin, *De plus en plus de mineurs sont emprisonnés*, „Le Monde”, 13.09.2017, s. 12.

¹⁵ Jak przystało na racjonalny kraj władze wyciągają wnioski. W czasie ubiegłorocznego pobytu we Francji natrafiłem na informacje, że rząd chce przeznaczyć 10 mld euro w ciągu najbliższych lat na powiększenie pojemności zakładów karnych, czyli chce budować nowe więzienia.

kim młodych, z innych krajów Unii, w tym z Polski. Jakże to oczywiste - „dawniej kradli w Polsce, teraz są na »występie« we Francji czy Anglii” - można, nie bez pewnej dozy racji, powiedzieć. Nie mam jednak zamiaru prowadzić tu jakiejś dalszej analizy kulturowej, szukać ról terrorizmu czy przestępczości transgranicznej we współczesnym europejskim świecie. Chcę sformułować tylko jedną konstatację - dla mnie w swej prostocie i wymowie wręcz porażająca - jeżeli populacja więziona nie we Francji, to pewno nie tam, wcześniej czy później, i to będzie dynamicznie, tak jak w Polsce! Jesteśmy w jednym i tym samym kręgu kulturowym, jesteśmy członkami tego samego organizmu ponadnarodowego, jakim jest Unia Europejska, i w końcu dzielimy nas, nasze granice, chyba mniej niż tysiąc kilometrów. I do tego wyzwania, jakim jest potencjalny wzrost populacji więziennej, trzeba się przygotowywać we wszystkich wymiarach - nie tylko „manipulacjami” na poziomie kolejno cię wykonania orzeczeń sądów karnych, ale przede wszystkim zmian całej polityki karnej, „ucieczek”, gdzie się da, od kary pozbawienia wolności na rzecz innych rodzajów reakcji prawnokarnej, a nadto pewnie, choć budujemy i w innych potrzeb do zaspokojenia, trzeba budować w Polsce nowe zakłady karne spełniające standardy współczesnej Europy!

Ksiądz Gaume przedstawia czytelnikowi przede wszystkim to, co nazywamy więzieniem, rzeczywiście więzienie. Dla wszystkich, którzy nigdy nie przekroczyli bramy więzienia (zakładu karnego, aresztu), taka opowieść musi być fascynująca przygodą. Zaczyna się od otwierających z trzaskiem opancerzonych drzwi. Dosłowna „brama” jest raczej obok i służy do innych celów - wjeżdża i wyjeżdża przez nią samochody, przede wszystkim służące do przewożenia osadzonych (aresztowanych) w te czy inne miejsca: na przesłuchanie, na rozprawę, celem przewiezienia do innego zakładu karnego itd. Takie pojazdy tradycyjnie nazywamy „wiśniarkami”. Czy słusznie? Raczej już nie. Są to zasadniczo pojazdy służące więzieni, ale mogą być policyjne, gendarmerii Wojskowej, Straży Granicznej. Kiedy były charakterystyczne przez swój wygląd, w szczególności kraty w oknach. Obecnie niespecjalnie różni się od innych pojazdów rozmaitych służb, np. wyposażone w sygnalizację świetlną (tzw. koguty mogą być na dachu). Czemu o tym pisać? Bo na teren jednostki penitencjarnej nikt inny raczej nie wjeżdża, jest to teren pod szczególnym nadzorem i ochroną, jakby wyłączony z terytorium kraju i jakby poddany osobnemu prawu.

A w drzwiach „do więzienia” jest wizerunek i przez ten wizerunek wygląda oko strażnika, który nas wpuszcza, czyli otworzy drzwi, albo i nie, gdy

uzna, e nie mamy prawa wst pi „za bram ”, czyli nie mamy stosownego zezwolenia wła ciwej władzy, albo zachodz inne okoliczno ci, zwykle zwi zane z tzw. wzgl dami bezpiecze stwa osób i mienia. A gdy ju przekroczymy te drzwi, czyli wejdziemy do rodka, to znajdziemy si w wartowni, czyli osobnym pomieszczeniu, gdzie sprawdz nasz to - samo , dokumenty uprawniaj ce do odwiedzenia okre lonej osoby czy spotkania si z funkcjonariuszem w jakiej sprawie; przeprowadz tzw. kontrol osobist , zabior wszelkie niebezpieczne przedmioty i inne, których wnoszenie na teren zakładu jest zakazane, jak np. telefony komórkowe, nie mówi c o alkoholu (papierosy ci gle mo na mie , cho miejsc, gdzie mo na pali i wi zieniach jest coraz mniej). Dookoła b d ludzie w mundurach, nieco odmiennych od innych, funkcjonariusze słu by wi ziennej uzbrojeni w bro paln . Gdy ju wyjdziemy z „wartowni” i podniesiemy głow , to zwykle zobaczymy gdzie „na wie ycz-ce” obserwuj cego nas wartownika wyposażonego w bro dług , czyli strzelb , a najcz ciej w Polsce bro automatyczn nosz c imi swojego konstruktora, niejakiego Kałasznikowa.

Opisałem bardzo skrótowo pierwsze chwile, jakie sp dza na terenie wi zienia osoba odwiedzaj ca. Gdy si jest „pacjentem” takiego zakładu, to przebieg procedury przyj cia b dzie nieco inny: r ce, na pocz tku, b dziemy mieli skute, zabior nam do depozytu wi kszo tzw. rzeczy osobistych, sprawdz stan zdrowia i w drodze wła ciwej procedury trafimy wreszcie do miejsca docelowego, czyli pomieszczenia, zwykle kilkuosobowego, zwanego cel .

Nie b d oczywi cie dalej relacjonował rzeczywisto ci „za murami”. Zaj łoby to zbyt wiele miejsca, a i tak ci gle brakłoby wielu szczegółów. Od takich opisów s ksi ki. Te filmy, ale wymogi dramaturgii sztuki filmowej nakazuj pomija niepotrzebny szczegół, zreszt filmy fabularne ze swej istoty s fikcj , za dokumentalnych raczej w zakładach karnych si nie kr ci, cho by ze wzgl dów na bezpiecze stwo. Funkcjonowanie ka dego zakładu karnego, w cz ci przynajmniej, obj te jest tajemnic jakie formuły prawnej i trudno sobie wyobrazi , by mogło by inaczej. Sam sp dziłem dziesi tki dni „za murami”, prowadz c badania naukowe nad genez przest pstw popełnianych przez ludzi młodych wiekiem i to, co powy ej zrelacjonowałem, to raczej własne wra enia z Polski ni dosłowny opis przeniesiony z relacjonowanej ksi ki. Odwiedzałem te wiele razy w trybie naukowym lub wizyt oficjalnych zakłady karne we Francji, a nawet raz w ramach kongresu AIDP mogłem wizytowa du jednostk penitencjarn - zakład karny dla kobiet w Chinach, w pewnej tylko odległo ci od Pekinu. Wszystko, co nakre liłem, było

generalnie takie samo i przebiegało tak samo. Trudno przecie wymyślić inną formułę organizacji miejsca odosobnienia osób potencjalnie niebezpiecznych i umieszczonych „za murami” (czytaj - te drutami, siatką, a kiedy i wodą, jak słynne Alcatraz) w drodze decyzji organu sądowego, czyli przymusowo. Głównie słusznie koncentruje się zresztą na opisie losu konkretnych osób poznanych „za murami”, po prostu temu zasadniczo służy jego opracowanie. Warto przeczytać! Nie chodzi jednak na tym. Choć partia pracy to debata o istocie „inkarceracji”, wszelkiego rodzaju zastrzeżeniach i wątpliwościach, jakie mogą być wobec tej instytucji zgłoszone, wreszcie, chociaż, stawia postulaty dotyczące obrazu prawa karnego w ogólnie, substytucji kary pozbawienia wolności karami i środkami wykonywanymi poza terenem zamkniętego zakładu karnego, które zbiorczo mogą być określone jako „alternatywa dla uwięzienia” i „areszt weekendowy”, m.in. dozór elektroniczny, różne formy resocjalizacji i leczenia w warunkach wolnościowych, co zbiorowo w Polsce może być nazwane wolności kontrolowaną. No i oczywiście prymat sprawiedliwości nad naprawczy nad sprawiedliwość karcą!¹⁶

Nie byłoby dobrze, gdybym, chociaż ten skromny esej, nie napisał jeszcze przynajmniej kilku słów o polskich penitencjarystach (bo jak ich inaczej zwać?), którzy kreślili i kreślą w Polsce krzywy obraz tej „królowej kar”, jak jest kara pozbawienia wolności. Może poprzestanę na tym, że wymienię tylko jednego autora, sercem raczej niż tylko rozumem się kierując, a mianowicie profesora Jerzego Liwowskiego, który początki swej kariery miał w Wilnie, a potem po wojnie był wieloletnim pracownikiem Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu. Wskażę jedną z prac profesora, moim zdaniem nadal o fundamentalnym znaczeniu dla polskiego prawa karnego, a mianowicie monografię zatytułowaną *Kara pozbawienia wolności we współczesnym świecie. Rozwój penitencjarny i penologiczny*¹⁷. Pierwsze słowa wprowadzenia w tej książce brzmi: „Zasadniczym problemem pracy jest to, jak uczynić najwłaściwszą karę, jak jest do dziś kara pozbawienia wolności, możliwie po-”

¹⁶ Jakże odesłania są zawsze potrzebne. Relacjonuję w Polsce pracę pochodzącą z Francji, więc odesłania robię polskie dla lepszego zrozumienia z potencjalnym czytelnikiem. A więc por. np. *Sprawiedliwość naprawcza. Idea. Teoria. Praktyka*, red. M. Płatek, M. Fajst, Warszawa 2005; W. Zalewski, *Sprawiedliwość naprawcza. Początek ewolucji polskiego prawa karnego*, Gdańsk 2006; *The Postulates of Restorative Justice and the Continental Model of Criminal Law*, ed. T. Dukiet-Nagórska, Frankfurt 2015.

¹⁷ Wydana przez Wydawnictwo Prawnicze, zob. J. Liwowski, *Kara pozbawienia wolności we współczesnym świecie. Rozwój penitencjarny i penologiczny*, Warszawa 1981.

teczn , a najmniej szkodliw ”¹⁸. Z bogatego katalogu wniosków ko cz - cych dzieło liwowskiego przytocz tylko jeden: „Na gruncie rosn cej ceny wolno ci, intensywnej krytyki, argumentów kryminologicznych, filozoficznych i socjologicznych szczególnego znaczenia nabiera zasada minimalizacji, tj. ekonomii penitencjarnej kary. Zasada ta ma dwa oblicza. Pierwsze dotyczy tego, e kara ta nie powinna trwa dłu ej ponad niezb dn potrzeb , powinna by orzekana tylko za najpowa niejsze przest pstwa, a drugie - e wykonanie jej nie powinno przekracza niezb dnej miary surowo ci”¹⁹.

Mog wi c powróci do tytułu księki, któr uczyniłem przedmiotem tego szkicu, ofiarowanego Janowi Widackiemu, i postawi pytanie, czy wi zienie mo e (powinno) by hotelem? Zapewne wi kszo powie - co najwy ej, w konkretnych odniesieniach, zapewne wi zienie mo e by hotelem tylko w czysto przeno nym i symbolicznym wymiarze tego słowa. Jednak osobi cie bliski jestem sformułowania tezy radykalnie brzmi cej: je li wprowadzimy ograniczenia rodzaju „nie dla szczególnie niebezpiecznych”, a takich „za murami” a tak du o nie ma, to odpowied , na postawione w tytule księki Gaumého mo e by pozytywna! Co nawet dla mnie jest troch szokuj ce: s dz , e wi zienie współczynie mo e by , a nawet chyba powinno, w jakim stopniu rzecz jasna tylko hotelem! Je li moja wypowied wydaje si zrozumiała, budzi nie zdziwienie, mo e wr cz sprzeciw, czy nawet pot pienia dla jej autora (polskiego czy zagranicznego, bo chyba i Henri Gaumé, nieznany mi osobi cie, si pod ni podpisuje), to jedyne, co mog zrobi , to obieca , e do tematu postaram si powróci i go dalej dr y , mają c nadzieję , e takie zestawienie terminów, jakie zaistniało w tytule pracy pana Gau-

¹⁸ *Ibidem*, s. 5.

¹⁹ *Ibidem*, s. 285. Miejsca nie ma, by szerzej relacjonowa obecn , czyli lat pocz tku XXI wieku, literatur penitencjarna relacjonuj c w Polsce obraz „ycia za murami”; tylko wi c wrywkowo i przykładowo: H.A. Szymanowska, *Wi zienie i co dalej*, Warszawa 2003; M.M. Kami ski, *Gry wi zienne. Tragikomiczny wiat polskiego wi zienia*, Warszawa 2006; S. Przybył ski, *Podkultura wi zienna - wielowymiarowo rzeczywisto ci penitencjarnej*, Kraków 2007; H. Machel, *Sens i bezsens resocjalizacji penitencjarnej - casus polski. Studium penitencjarno-kryminologiczne*, Kraków 2008; *idem*, *Wi zienie jako instytucja karna i resocjalizacyjna*, Gda sk 2003. O Moczyłowskiu była ju mowa, wi c na koniec jeszcze tylko jedno powołanie, dla odmiany ponownie z Francji (S. Jacquot, D. Raimbourg, *Prison. Le choix de la raison*, Paris 2015), a to dlatego, e autorzy debatuj w niej na temat współczesnego postrzegania kwestii fundamentów idei represji karnej realizowanej przez kar pozbawienia wolno ci, co oczywi cie jest debat o podstawie kulturowej funkcjonowania takiego rozwi zania we współczesnym europejskim prawie karnym, czytaj - we współczesnym wiecie.

meo, mogło pojawiać się w podręcznikach nie tylko prawa karnego wykonawczego, innych publikacjach, zbiorczo określanych penitencjarnymi, ale wręcz w podręcznikach i na wykładach prawa karnego materialnego, gdy omawiany jest katalog rodzajów prawnokarnej reakcji na czyn zabroniony, czego na koniec po prostu tak jest Jubilatowi życz!

Jacek M. Majchrowski

Proces powoływania i odwoływania rządu w latach Drugiej Rzeczypospolitej (szkic problemu)

Podobnie jak sposób wyboru głowy państwa, tak i proces wyłaniania, mianowania, ale i odwoływania szefa rządu nie jest obojętny dla tego urzędu. Czynności wchodzi w skład procesu powoływania i odwoływania premiera oraz rządu nie mają bowiem wyłącznie charakteru technicznego. Powodowane są działaniami politycznymi i takie też skutki powodują. Decyzje podejmowane podczas całej procedury wiążą się z pozycją premiera, wskazując rzeczywiste miejsce rządu w systemie ustrojowym państwa i pokazując także stopień jego niezależności. Stąd też akty prawne, najczęściej konstytucje¹, regulują te kwestie do szczegółowo. Nie zmienia to jednak faktu, iż praktyka konstytucyjna pozostawia dosyć szerokie pole interpretacyjne.

Generalnie rzecz biorąc, przyjęte w tej materii trzy możliwe rozwiązania: albo samodzielnie nominacji dokonuje głowa państwa, albo

¹ Użyłem sformułowania „najczęściej”, albowiem regulująca te kwestie tzw. Mała Konstytucja była jedynie uchwałą, nie zaś ustawą sejmową. Zob. uchwała Sejmu Ustawodawczego z dnia 20 lutego 1919 r. w sprawie powierzenia Józefowi Piłsudskiemu dalszego sprawowania urzędu Naczelnika Państwa (Dz.Pr. PP z 1919 r. Nr 19, poz. 226).

samodzielnie parlament (w praktyce, w wypadku jego dwuizbowości, sejm), albo te, co jest najczęściej spotykanym rozwiązaniem, konieczna jest współpraca obu tych podmiotów. W tym przypadku, co trzeba wyrazić nie zaznaczy, może nastąpić różniczenie akcentów, a co za tym idzie, różnic mogłyby role obu tych podmiotów. W efekcie, zwłaszcza gdy mamy do czynienia z rozdrobnieniem sejmowym, może powstać sytuacja nadzwyczaj konfliktowa, o czym będziemy się mogli przekonać w toku dalszych rozważaniach.

Chronologicznie rzecz biorąc, najbardziej klarowna sytuacja miała miejsce w czasie kadencji Tymczasowego Naczelnika Państwa. Brak w owym czasie parlamentu jako drugiego czynnika w procesie nominacji prezydenta ministrów, bo taki tytuł do lipca 1920 r. (a więc do utworzenia gabinetu Wincentego Witosa) nosiła osoba stojąca na czele rządu, dawał Tymczasowemu Naczelnikowi pełni władzy w tej mierze. Pierwszym dokumentem regulującym kwestię powoływania rządu był wydany 22 listopada 1918 r. dekret o najwyższej władzy reprezentacyjnej Republiki Polskiej². Józef Piłsudski jako autor tego dekretu w art. 2 stwierdzał, iż „Rząd Republiki Polskiej stanowi mianowani przeze mnie i odpowiedzialni przede mną do zebrania się Sejmu Prezydent Ministrów i Ministrowie”. Działania te, podobnie jak i wymienione w innych artykułach, podejmować miał „a do czasu zwołania Sejmu Ustawodawczego”. I choć on sam mianował szefa rządu, nie oznaczało to, iż nie musiał się liczyć z ugrupowaniami politycznymi. Aczkolwiek sam dekret nominacyjny Tymczasowego Naczelnika brzmiał bardzo lakonicznie: „Mianuję Pana Prezydentem Ministrów Rzeczypospolitej Polskiej”³ (co sugerowało pełną dowolność przy podejmowaniu decyzji o nominacji Jędrzeja Moraczewskiego), to faktycznie o odwołaniach i nominacjach decydowały w tej mierze działające partie polityczne. Nie bez wpływu była także sytuacja tak wewnętrzna, jak i międzynarodowa. O odwołaniu Ignacego Daszyńskiego, premiera tzw. rządu lubelskiego, i mianowaniu w jego miejsce Jędrzeja Moraczewskiego⁴ zadecydował brak akceptacji dla Daszyńskiego

² Dekret Naczelnika Państwa o najwyższej władzy reprezentacyjnej Republiki Polskiej (Dz.Pr. PP z 1918 r. Nr 17, poz. 41).

³ Archiwum Akt Nowych (dalej ANN), Prezydium Rady Ministrów (dalej PRM), Akta grupowe cz. VI (2-7), t. 2, *Pismo Naczelnika Państwa do Jędrzeja Moraczewskiego*.

⁴ W bardzo prosty sposób nominację tę przedstawia polityk narodowo-demokratyczny. Pisz: „Ten [Piłsudski - przyp. J.M.M.] z miejsca wezwał [...] kapitana legionów Jędrzeja Moraczewskiego, postawił go na baczność i polecił mu stworzyć rząd”. *Przegląd nurtów myśli politycznej Narodowej Demokracji w Galicji i odrodzonej Polsce. Pamiętniki Stanisława Rymara*, red. A. Staniszeńska, Kraków 2017, s. 113.

ze strony partii prawicowych, dla których Moraczewski - mimo że socjalista - był jednak bardziej akceptowalny⁵. Z kolei powołanie Ignacego Paderewskiego (była to druga nominacja, której dokonał Tymczasowy Naczelnik) determinowane było sytuacją międzynarodową, a zwłaszcza sytuacją w zaborze pruskim, czego dowodem było ustanowienie, istniejącego do kwietnia 1922 r., Ministerstwa b. Dzielnicy Pruskiej⁶.

Po ukonstytuowaniu się sejmów uchwalonych przez niego Mała Konstytucja zmieniała sposób powołania rządu, zobowiązuje Naczelnika Państwa - już bez przymiotnika „Tymczasowy” - aby w tym celu „porozumiał się z sejmem”. Sformułowanie to doprowadziło po pewnym czasie do kryzysu konstytucyjnego. Brak precyzji co do sposobu powoływania rządu, a w szczególności termin „w porozumieniu”, stwarzał szerokie możliwości interpretacyjne, prowadzące nieuchronnie do konfliktu. Naczelnik Państwa nie był już w tej materii organem decydującym samodzielnie, lecz współdecydującym, nie mógł więc bez aprobaty sejmów powierzyć misji utworzenia rządu kandydatowi na jego szefa. Porozumienie z sejmami ustawodawczymi dokonywało się miało przez osobę Marszałka, co znalazło odbicie nie tylko w przepisach prawa, lecz także w praktyce. Akty nominacyjne zawierały sformułowanie: „w porozumieniu z Sejmami Ustawodawczymi w osobie Marszałka powierzam Panu misję utworzenia nowego gabinetu”⁷. Sytuacja taka trwała do czerwca 1922 r., kiedy to Józef Piłsudski, udzielając dymisji rządowi Antoniego Ponikowskiego i przychylając się pismem z 3 marca do jego prośby o dymisję⁸, wywołał kryzys konstytucyjny, domagając się wyjaśnienia terminu „powołuje” oraz odpowiedzi na pytanie, co sejm rozumie pod sformułowaniem „na podstawie porozumienia”, zwłaszcza za rozstrzygnięcia, kto ostatecznie podejmuje decyzje. Otóż Piłsudski - jako zwyczajowy przywódca - po przeciwnej stronie sejmów rozdzielonych politycznie, zmuszo-

⁵ Szerzej pisz o tym: W. Pobóg-Malinowski, *Najnowsza historia polityczna Polski*, t. 2, 1914-1939, Londyn 1983, s. 147 i nast. oraz A. Zakrzewski, *Wincenty Witos, chłopski polityk i mąż stanu*, Warszawa 1977, s. 90 i nast.

⁶ M.M. Drozdowski, *Ignacy Jan Paderewski. Zarys biografii i politycznej*, Warszawa 1979, s. 136 i nast.

⁷ AAN, PRM, Akta Grupowe cz. VI (2-7), t. 4, *Pismo Naczelnika Państwa do Leopolda Skulskiego z 11 grudnia 1919 r.*

⁸ Charakterystyczne jest w tej kwestii *Pismo Ponikowskiego do Naczelnika Państwa z 2 czerwca 1922 r.* (AAN, PRM, Akta grupowe, cz. VI [2-7], t. 9), w którym stwierdza: „Na posiedzeniu Rady Ministrów, które odbyło się w dniu dzisiejszym w obecności Pana Naczelnika, Rząd doszedł do wniosku, że nie posiada zaufania Pana Naczelnika Państwa. Wobec tego mam zaszczyt przedstawić Panu Naczelnikowi Państwa prośbę całego gabinetu o dymisję”. Pismem z dnia następnego Naczelnik Państwa przychylił się do tej prośby (*ibidem*).

ny do szukania kompromisów i tworzenia niestabilnych koalicji - mógł sobie pozwolić na realizację ich ci faktycznego sprawowania władzy. Odmówił w związku z tym podpisania nominacji dla wyznaczonego przez wikszość sejmową na urząd premiera Wojciecha Korfatego. Oznaczało to nie tylko, że Naczelnik chce pozostać czynnikiem decydującym w procesie nominacji lub przynajmniej równorzędnym z sejmem, lecz także, że był wiadomo silniej osobowo ci odrzuconego przez niego kandydata na premiera. Piłsudski doskonale wiedział, że w tym wodzu miałby konkurenta w sprawowaniu władzy - Korfanta równie był zwolennikiem silnych i zdecydowanych rządów. Pamięta także należy, że byłby to konflikt o różną wizję Polski, o jej orientację polityczną, o politykę zarówno zagraniczną, jak i wewnętrzną⁹. Zachowanie się w tej sytuacji Piłsudskiego, który wyszedł z owego konfliktu zwycięsko, miało także znamiona szantażu. Postawienie się przede do dyspozycji sejmu i ewentualne podanie się do dymisji oznaczałoby bowiem koniec obowodu zywania Małej Konstytucji, co spowodowałoby kryzys polityczny. Do tego zaś nikt nie chciał dopuścić.

Warto zwrócić uwagę, że proponowany przez Wojciecha Korfatego rząd miał mieć zupełnie inny skład niż potem powołany rząd Artura Liwińskiego. W obu pokrywały się jedynie dwa nazwiska: gen. Kazimierza Sosnkowskiego jako ministra spraw wojskowych i Henryka Strasburgera jako ministra przemysłu i handlu. Rząd Korfatego miał mieć charakter autorski, co zresztą wyraźnie zostało zaznaczone w projekcie powołującego go pisma¹⁰.

Należy zwrócić uwagę, że proces nominacji był skomplikowany jeszcze w innej kwestii. Mianowany bowiem zostawał jedynie kandydat na stanowisko premiera, obarczony misją utworzenia rządu. Zwrócenie się więc do określonej osoby z propozycją utworzenia rządu nie było równoznaczne z nominacją na urząd premiera¹¹. Nominacja miała miejsce

⁹ Bardziej szczegółowo opisuje ten konflikt: M. Pietrzak, *Rzeczy parlamentarne w Polsce 1919-1926*, Warszawa 1969, s. 140 i nast.

¹⁰ W skład proponowanego przez Korfatego rządu, prócz powoływanych polityków, wchodzić mieli: dr Jan Waygart - sprawy wewnętrzne, Konstanty Skirmunt - sprawy zagraniczne, Jerzy Michalski - skarby, Józef Kuczyński - sprawiedliwość, Emil Godlewski - wyznania religijne i oświecenie publiczne, Adolf Bniński - rolnictwo, Julian Eberhardt - kolej, Włodzimierz Dobrowolski - poczta i telegraf, Władysław Kucharski - roboty publiczne, Szczepan Starkiewicz - zdrowie, resort pracy i polityki społecznej pozostał nieobsadzony, zob. ANN, PRM, Akta grupowe, cz. VI (2-7), t. 11, *Projekt pisma do przedłożenia Naczelnikowi Państwa do podpisu*. Składy rządów lat II RP: *Kto był kim w Drugiej Rzeczypospolitej*, red. J. Majchrowski, Warszawa 1994.

¹¹ Zwraca na to uwagę: M. Pietrzak, *Rzeczy parlamentarne...*, op. cit., s. 136.

dopiero po przedłożeniu głowie państwa listy członków gabinetu, którzy mieli zapewnione poparcie w skosie parlamentarnej lub te mających szansę na jej uzyskanie. Dopiero wypełnienie tego zadania determinowało uzyskanie nominacji¹². Głowa państwa, premier i sejm byli wobec siebie wzajemnie zależni. Przykładowo po wyborze 9 grudnia 1922 r. Gabriela Narutowicza na urząd prezydenta rząd Juliana Nowaka podał się do dymisji¹³. Warto przypomnieć, że w momencie nieobecności prezydenta nominacji na urząd premiera dokonywał, wchodząc w uprawnienia głowy państwa, marszałek sejmu. Uczynił tak po przewrocie majowym marszałek Maciej Rataj, który - przychylając się do prośby Wincentego Witosa z 15 maja 1926 r. - odwołał go wraz z całym gabinetem i mianował w jego miejsce wskazanego przez Józefa Piłsudskiego Kazimierza Bartla¹⁴.

Proces nominacji w latach przedmajowych najbardziej precyzyjnie możemy na przykładzie wspomnianym już przykładzie nominacji rządu Wojciecha Korfanteo. I tak uchwała sejmu z dnia 16 czerwca 1922 r. stwierdzała - dokonując wykładni autentycznej art. 3 Małej Konstytucji - że prawo inicjatywy przy wskazaniu kandydata na premiera ma Naczelnik Państwa¹⁵. Kandydat ten musi uzyskać poparcie sejmu i dopiero wówczas może otrzymać misję utworzenia rządu. Gdy Naczelnik odmówił wskazania swego kandydata albo sejm nie zaaprobował przedstawionej przez niego kandydatury, wówczas uprawnienia desygnacyjne przechodziły w całości na sejm. Naczelnik zrozumiał treść tej uchwały w ten sposób, że jemu przysługuje wyłącznie inicjatywa wskazania premiera, czy też raczej kandydata na premiera, a prawo jego desygnacji ma sejm. Gdy przeto marszałek sejmu zwrócił się do niego z propozy-

¹² Człowiekiem nie było to kwestią prostą. Polityczne rozbięcie sejmu nie sprzyjało tworzeniu koalicji, jak pisze M. Rataj, „brak było większych ugrupowań mogących stanowić podstawę koalicji”. Zob. *idem, Pamiętnik 1918-1927*, Warszawa 1965, s. 60. Sprawy komplikował jeszcze fakt, że kluby mniejszości narodowych nie były dopuszczane do udziału w koalicjach, a pamiętało się, że w sejmie ustawodawczym stronnictwa stawiane poza nawiasem stanowiły ok. 20% składu.

¹³ ANN, PRM, Akta grupowe, cz. VI (2-7), t. 12, *Pismo J. Nowaka do G. Narutowicza stwierdzające, że wobec wyboru prezydenta 9 grudnia podaje się do dymisji*.

¹⁴ ANN, PRM, Akta grupowe, cz. VI (2-7), t. 17, *Pisma marszałka Rataja do W. Witosa i K. Bartla*.

¹⁵ ANN, PRM, Akta grupowe, cz. VI (2-7), t. 10, *Sprawozdanie stenograficzne z posiedzenia Sejmu Ustawodawczego z 16 czerwca 1922 r.* Cała historia znajduje odzwierciedlenie w pismach urzędowych. Pierwszym było powoływane już pismo Ponikowskiego, potem pismo z nominacji Liwińskiego z 28 czerwca i pismo tego zawiadamiające o tym marszałka sejmu. Przykładem jest też pismo z 7 lipca, że wobec udzielenia *votum* nieufności prosi o udzielenie dymisji całemu gabinetowi.

cej wskazania kandydata na premiera, Naczelnik odmówił, uznając, że wbrew Małej Konstytucji został pozbawiony prawa desygnacji premiera. Sejm desygnował wówczas na ten urząd Stefana Przanowskiego, byłego ministra handlu w rządzie Wincentego Witosa, co Naczelnik przyjął do wiadomości, nie skierował jednak pisma powierzającego mu misję utworzenia gabinetu. Przanowski co prawda rozpoczął rozmowy ze stronnictwami politycznymi, ale widząc niechęć Naczelnika, przerwał je. Wówczas Naczelnik wysunął Artura Liwińskiego jako swego kandydata i ten uzyskał aprobatę w sejmie. Wkrótce jednak po utworzeniu gabinetu otrzymał *votum* nieufności. Naczelnik odmówił wyznaczenia następnego kandydata, wobec czego w sejmie wyznaczyla wspomnianego już Korfanteo, czego z kolei nie zaaprobował Piłsudski. Ten w rezultacie zaproponował rektora Uniwersytetu Jagiellońskiego Juliana Nowaka, który uzyskał poparcie sejmowe. Wszystko zaczęło się od niezadowolenia Piłsudskiego z rządu Ponińskiego, który to rząd miał poparcie sejmowe¹⁶.

Proces ten obrazuje bardzo wyraźnie, iż dla powołania premiera niezbędnym był *consensus* - premier musiał mieć poparcie zarówno Naczelnika, jak i sejmowe. W wypadku sejmowym oznaczało to konieczność znalezienia kompromisu pomiędzy stronnictwami sejmowymi i wypracowanie chociażby namiastki wspólnego programu, a to z kolei sprowadzało się także do czegoś, co w uproszczeniu nazwać można handlowymi stanowiskami ministerialnymi. Ale należy też zwrócić uwagę, że owe handlowe ustalenia nie kończyły się na szczepku ministrów. Konstytucyjny minister otaczany był zastępami prowadzącymi swoją politykę partyjną, a także mającymi za zadanie pilnowanie przebiegu. Gdy okazywało się, że w resorcie, który nadzoruje Naczelnik, minister był z układu partyjnego, sytuacja się komplikowała. Problem ten dobrze ilustruje sytuacja ministra spraw wojskowych gen. Józefa Leńiewskiego. W piśmie z 8 sierpnia 1920 r. skierowanym do premiera, a w odpisie do Naczelnika Państwa będącego równocześnie naczelnym wodzem, gen. Leńiewski zawiadamia, że jego zarządzenia „są niewykonywane, przerabiane albo le wykonywane”. Dalej stwierdza: „Nie mogłem przewidywać niektórych czynników blisko mnie stojących”, precyzując: „Pan wiceminister posunął tak dalece swoje niezależne postępowanie, że nie zaciągał zupełnie mojej zgody lub aprobaty, zarządzał całym sze-

¹⁶ Powodem kryzysu była, jak pisał Francesco Tommasini, chęć ze strony Piłsudskiego usunięcia z gabinetu Konstantego Skirmunta „podburzanego i kompromitowanego bardziej niż podtrzymywanego przez swych przyjaciół z Narodowej Demokracji”, i dalej: „Piłsudski uważał, że prowadzi on politykę zbyt uległą wobec Rosji bolszewickiej”, F. Tommasini, *Odrodzenie Polski*, Warszawa 1928, s. 45 i 41.

reg dyspozycji pierwszorzędne znaczenia, na które wręcz zgodziłbym się nie mógł”¹⁷. Wniosłem, jaki z tego wyciągnąć, było złe odwołanie dymisji, co sejm milcząc przyjął.

Kłopoty związane z nominacją tak premiera, jak i potem ministrów, wynikały w znacznej mierze - na co była już zwracana uwaga - z faktu rozbicia partyjnego i konieczności tworzenia koalicji przez partię różniące się znacznie od siebie programowo. Oznaczało to także krótko koalicji, a w konsekwencji brak stabilności rządów. Na szesnaście przedmówczych rządów¹⁸ jedynie pięć miało oparcie w koalicjach sejmowych¹⁹. Pozostałe to rządy albo działające jeszcze bez sejmu, albo faktyczne rządy pozaparlamentarne. Warto przy tej okazji przypomnieć, że ugrupowania polityczne znajdowały się poza możliwością wejścia do koalicji. Były to ugrupowania mniejszości narodowych, Komunistyczna Partia Polski oraz Niezależna Partia Chłopska. Powstałe koalicje centroprawicowe lub centrolewicowe musiały uzgadniać program tworzony przez siebie rząd, co - biorąc pod uwagę różnorodność ich programów - nie było łatwe. Konsekwencją było ograniczanie się w tworzeniu programu rządu do kilku wspólnie uzgodnionych spraw. Jedynym wyjątkiem była koalicja Związku Ludowo-Narodowego, Polskiego Stronnictwa Chrześcijańskiej Demokracji i Polskiego Stronnictwa Ludowego Piast z 1923 r. Kluby musiały akceptować owo porozumienie, które w konsekwencji prowadziło do rezygnacji z wielu punktów programowych, wywołując rozbitcie w klubie, secesję z niego, a to z kolei skutkowało rozpadem koalicji. W latach wojny z Rosją z inicjatywy Naczelnika Państwa porozumienie objęło wszystkie stronnictwa sejmowe,

¹⁷ *Sprawozdanie stenograficzne*, *op. cit.*

¹⁸ Chronologicznie: Władysława Wróblewskiego, Ignacego Daszyńskiego, Józefa Moraczewskiego, Ignacego Paderewskiego, Leopolda Skulskiego, Władysława Grabskiego, Wincentego Witosa, dwukrotnie Antoniego Ponikowskiego, Artura Liwińskiego, Juliana Nowaka, Władysława Sikorskiego, powtórnie Wincentego Witosa i Władysława Grabskiego, Aleksandra Skrzyńskiego i po raz trzeci Wincentego Witosa.

¹⁹ Zob. M. Pietrzak, *Rządy parlamentarne*, *op. cit.*, s. 151. Opisując gabinet Witosa, jego minister kolei pisze, iż z gabinetu Witosa liczącego w grudniu 1920 r. szesnastu członków poza prezesem zostało w lipcu 1921 r. sześciu, którzy dotarli do dymisji całego gabinetu 3 września 1921 r. Dalej pisze, że od nominacji gabinetu Witosa w 1920 r. do gabinetu Ponikowskiego w 1921 r. Naczelnik Państwa podpisał trzydzieści osiem nominacji nowych ministrów i kierowników resortów. Komentuje to: „Klasyczny to, ale i bardzo smutny obraz, do jakich absurdów doprowadzają rządy partyjne i jak zły wpływ na administrację państwa wywierają wpływy polityczne stronnictw sejmowych”. Z. Jasiński, *Wspomnienia*, Warszawa 1933, s. 189.

pozwalając utworzyć pod przewodnictwem Witosa rząd obrony narodowej. I ten rząd jednak nie był - biorąc pod uwagę choćby wspomnianą sytuację z odejściem gen. Leńskiego - do końca homogeniczny.

Droga nominacji przebiegała więc w kilku etapach. Najpierw Naczelnik podejmował decyzję o przedstawieniu kandydatury na urząd premiera. Albo był to szef największej partii, albo polityk mało kontrowersyjny. Potem ów kandydat uzyskiwał poparcie większości sejmowej, wyrażonej przez Konwent Seniorów, która to opinia była w zasadzie wiążąca i na jej podstawie sprawa wracała do Naczelnika, który dokonywał nominacji. Jego rola, co z przesadą opisał Maciej Rataj, sprowadzała się do akceptowania decyzji sejmu²⁰. Sytuacja ta wynikała z dążenia do wyeliminowania Naczelnika z procesu wyłaniania i powoływania premiera. Jak ocenił to Mieczysław Niedziałkowski, prawica chciała zastąpić demokrację parlamentarną wyznaczaniem premiera przez stronnictwa sejmowe²¹.

Z czasem sytuacja rozwinęła się w kierunku oczekiwanej prawicy. W odróżnieniu od Małej Konstytucji Konstytucja marcowa²² nie przyznawała sejmowi uprawnień w powoływaniu rządu, co jednak nie przeszkadzało partiom politycznym uczestniczyć w tym procesie. Formalnie rzecz biorąc, sejm ustosunkował się do nominacji premiera dopiero po nominacji całego gabinetu, gdy ten przedstawił program rządu. Kandydat na urząd premiera wysuwany był przez Konwent Seniorów, od czerwca 1922 r. zaś przez Komisję Główną. Gdy za kandydatem opowiedziały się kluby tworzące większość parlamentarną, marszałek informował o tym Naczelnika, a potem prezydenta, i ten wówczas - jak już wspominałem - „w porozumieniu z sejmem Ustawodawczym w osobie jego Marszałka” powierzał tworzenie rządu. Prawica - czego najlepszym wyrazem jest wystąpienie Stanisława Głuchowskiego - uważała, że rola Naczelnika ma zostać sprowadzona do formalnego akceptowania uchwał sejmowych²³. Praktyka wypracowana przez Piłsudskiego nie potwierdziła jednak takiego rozważania i Naczelnik pozostał - w porównaniu z sejmem - czynnikiem przynajmniej równorzędnym.

Konstytucja marcowa rozszerzyła uprawnienia w tej mierze już nie na Naczelnika, lecz prezydenta - usunęła ona bowiem sejm z procesu powoływania premiera, co jednak nie oznaczało uzależnienia procesu

²⁰ M. Rataj, *Pamiętnik*, op. cit., s. 62.

²¹ M. Niedziałkowski, *Demokracja parlamentarna w Polsce*, Warszawa 1930, s. 26.

²² Ustawa z dnia 17 marca 1921 r. - Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 1921 r. Nr 44, poz. 267).

²³ *Sprawozdanie stenograficzne*, op. cit.

nominalnej od bieżącej sytuacji w sejmie²⁴. Kształt ewentualnej koalicji był dla prezydenta właściwy, za trudności w jej tworzeniu pozwalały mu na właszą samodzielność i ewentualnie może iwo przebiegała inicjatywa przy tworzeniu rządu. Nie oznaczało to oczywiście całkowitego wyeliminowania parlamentu. Warto jednak zwrócić uwagę, że już sam fakt wyboru pierwszego prezydenta spowodował rezygnację premiera z urzędu i dymisję całego gabinetu²⁵. Należy też podkreślić, że i nawet wówczas, gdy powstawał gabinet pozaparlamentarny złożony z fachowców, a stworzenie gabinetu koalicyjnego było niemożliwe, musiał się liczyć z sejmem, albowiem konieczne było jego poparcie. Praktyka pokazała, że takie rozwiązanie jest najlepsze – polityk nieskrępowany ustaleniami klubowymi może swobodniej podejmować trudne i kontrowersyjne decyzje, mając do tego odpowiednie kwalifikacje. Najlepszym przykładem jest tu rząd Władysława Grabskiego, który był niewątpliwie najlepszym kandydatem do przeprowadzenia reform gospodarczych, w tym reformy walutowej. Z drugiej zaś strony utworzenie koalicji zmuszało prezydenta do powołania na urząd premiera osoby wysuniętej przez koalicję. Tu klasycznym przykładem jest koalicja centroprawicowa, która wysunęła na urząd premiera Wincentego Witosa. Jego nominacja i rząd stały się bezpośrednim pretekstem do zamachu majowego²⁶.

Dobrze jest zwrócić uwagę na jeszcze jeden aspekt nominacji. Otóż Konstytucja marcowa wyznaczała dla premiera rolę *primus inter pares*, tzn. że w praktyce jego rola ograniczała się do koordynacji działań poszczególnych ministrów i kierowania posiedzeniami rządu. Jego pozycja była natomiast do istotna w innym zakresie: otóż prezydent mógł powołać poszczególnych ministrów tylko na jego wniosek. Wynikało to z założenia, że premier musi mieć wpływ na swoich najbliższych współpracowników, by móc mówić o jednolitej polityce rządu. Premier także był wnioskodawcą odwoływania poszczególnych ministrów, a także mógł zgłaszać dymisję całego gabinetu.

Rodzi się w tym miejscu pytanie o swobodę premiera w doborze współpracowników. Trzeba bowiem zaznaczyć, że w wypadku rządu koalicyjnego nie miał on pełnej swobody w proponowaniu nominacji – zawsze konieczny był kompromis między oczekiwaniami premiera

²⁴ Art. 45 Konstytucji brzmiał: „Prezydent Rzeczypospolitej mianuje i odwołuje Prezesa Rady Ministrów, na jego wniosek mianuje i odwołuje ministrów”. Oznaczało to, że czyni to może nie tylko bez zgody, ale i opinii wiążącej parlamentarne.

²⁵ „Wobec wyboru Prezydenta 9 grudnia rząd podaje się do dymisji”, *Pismo J. Nowaka do G. Narutowicza...*, *op. cit.*

²⁶ M. Rataj, *Pamiętnik...*, *op. cit.*, s. 373.

a stronnictwami tworzącymi koalicję. W praktyce kwestie kwalifikacji kandydatów na urząd ministra schodziły na dalszy plan, partie koalicyjne chciały bowiem mieć wpływ na obsadę, bo zważywszy na ich wpływy w terenie. Czasami w wyniku fiaska w uzgodnieniach dotyczących tekstów ministerialnych wykluczone było zawiązanie koalicji, jak to miało miejsce w czerwcu 1920 r.²⁷ Czasami też znajdowano rozwiązanie prowizoryczne w postaci powierzenia czasowego pełnienia funkcji kierownikom ministerstw. W przypadku konkretnych zmian na stanowisku ministra sejm przyjmował to milcząc co do wiadomości, co było uznawane za wyrażenie zgody²⁸. Należy jednak zwrócić uwagę, że ministrowie bywali nominowani także ze względu na swoje kwalifikacje²⁹.

Jest jeszcze kolejny ważny aspekt nominacji. Otóż Julian Nowak opisuje swój rozmowę z Naczelnikiem Państwa, w trakcie której uzgadniał z nim skład gabinetu. Píše: „Piłsudski za dał pozostawienia nadal teki spraw zagranicznych Narutowiczowi [...], a następnie wyraził życzenie, aby tekst wyznaczył o wiaty odda Arturowi Liwiskiemu [...]. Ale zaznaczył z naciskiem, że tu nie przemawia przez niego racja stanu, lecz tylko osobisty sentyment dla Liwiskiego”³⁰. Nominacja Liwiskiego nie doszła do skutku.

Opisując udział powoływanych premierów w budowaniu gabinetu, należy przypomnieć, że był jeden w tej materii wyjątek - otóż desygnowany na urząd premiera Aleksander Skrzyński nie brał udziału w procesie ustalania składu rządu³¹.

O ile rola stronnictw koalicyjnych w tworzeniu rządu była zrozumiała, o tyle należy także pamiętać, iż swoimi ludźmi na stanowiskach ministerialnych zainteresowane były także różnego rodzaju grupy interesów. I tak organizacje gospodarcze, a w szczególności Lewiatan, chciały mieć wpływ na obsadę ministerstw gospodarczych, środowiska obszarowe na obsadę urzędu ministra rolnictwa, choć tu na ogół zderzały się z odmiennymi oczekiwaniami ludowców, episkopat interesował się obsadą Ministerstwa Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego,

²⁷ A. Próchnik [na okł. pseud. H. Swoboda], *Pierwsze pięćdziesiąt lat polskiej historii (1918-1933). Zarys dziejów politycznych*, Warszawa 1933, s. 86.

²⁸ J. Pietrzak, *Rzecz parlamentarna*, op. cit., s. 164.

²⁹ J. Jasiński, *Wspomnienia*, op. cit., s. 143 i 160.

³⁰ J. Nowak, *Wspomnienia z ławy rządowej*, Kraków 1938, s. 41. W dalszych wywodach Nowak opisuje formowanie rządu.

³¹ K. Morawski píše: „Wydawało się, że nie premier dobrał sobie współpracowników, ale ministrowie dobrali premiera”, *idem, Tamten brzeg. Wspomnienia i szkice*, Warszawa 1996, s. 142.

Piłsudski naciskał na obsad Ministerstwa Spraw Wojskowych, działając zreszt tak e w drug stron - zabraniając swoim ludziom obejmowania stanowisk w niektórych rz dach. Czasami za to kandydaci na ministrów stawiali warunki, od spełnienia których uzależniali objęcie urz du. Przykładowo gen. Kazimierz Sosnkowski uzależnił swój udział w rz dzie Grabskiego w 1923 r. od wysoko ci budżetu wojskowego³², a Jerzy Michałak tek ministra skarbu w rz dzie Ponikowskiego przyjął dopiero po 20 dniach od nominacji gabinetu, gdy gabinet zatwierdził jego program odbudowy gospodarczej kraju i uzdrowienia finansów³³.

Nie do ko ca opracowana jest rola masonerii i odpowied na pytanie, czy wolnomularze obejmowali stanowiska ze wzgl du na swoje kwalifikacje czy te jako delegowani przez lo e. Problem ten jawił si zwłaszcza w sytuacjach przełomowych: powstawania pierwszych rz dów po odzyskaniu niepodległości oraz tworzenia rz dów pomajowych. Koncentrując si na tym drugim okresie, warto podkreślić, e na jedenastu członków pierwszego gabinetu Bartłusza było masonami. Zwróćmy te uwagę, e nale eli oni do różnych obediencji: Wielkiej Lo y Narodowej Polski i Wielkiego Wschodu Francji. W rz dach Daszyńskiego i Moraczewskiego było po trzech, czterech masonów. Losy masonerii, dosy w mi dzywojnie skomplikowane, nie pozwalają precyzyjnie nakreślić liczby wolnomularzy na stanowiskach ministerialnych - dane s niepełne i niepewne. Ale trzeba dodać, e wielu wolnomularzy piastowało stanowiska wiceministrów, dyrektorów departamentu, kierowników wydziałów, zwłaszcza w słu bie dyplomatycznej, resortach siłowych oraz pracy i opieki społecznej. Fala przyjmowania wolnomularzy na stanowiska w ministerstwach nastąpiła zwłaszcza po maju 1926 r. Wynikało to, wedle moich przypuszczeń, jednak bardziej z układów towarzyskich niż z owych³⁴. Leon Chajn z kolei stwierdził, e wybór tylu masonów do składu rz du miał na celu rozładowanie nieufności Europy Zachodniej do rz dów wyłonionych po przewrocie³⁵.

³² W. Grabski, *Dwa lata pracy u podstaw pa stwowa ci naszej (1924-1925)*, Warszawa 1927, s. 33. Grabski pisze, e powierzył Sosnkowskiemu ten urz d jako temu, który mógł najlepiej utrzymać dobre stosunki z obozem zwolenników Marszałka Piłsudskiego i z nim samym. Sosnkowski pełnił ten urz d przez dwa miesi ce.

³³ F. Tommasini, *Odrodzenie Polski*, *op. cit.*, s. 36.

³⁴ Zob. na ten temat: L. Chajn, *Wolnomularstwo w II Rzeczypospolitej*, Warszawa 1975, s. 423-424; L. Hass, *Wolnomularze polscy w kraju i na wicie 1821-1999. Słownik biograficzny*, Warszawa 1999; T. Katelbach, *Lo e*, „Zeszyty Historyczne” 1963, z. 3, s. 200.

³⁵ Zob. te : T. Bielecki, *W szkole Dmowskiego*, Londyn 1968, s. 171. Jest to o tyle istotne, e do wiadzenia z lat wcześniejszych było pewnego rodzaju wska ni-

Formowanie rządu kończyło się podpisaniem nominacji i zaprzysiężeniem rządu. Nominacje wymagały kontrasygnaty premiera - swój kontrasygnował sam premier.

Zmiany odnoszące się do kwestii ustrojowych państwa regulowała w sposób zupełnie odmienny tzw. nowela sierpniowa³⁶. Wprowadziła ona wiele zmian w obowiązującej Konstytucji, z których najważniejsze, a dla nas interesujące, dotyczyły znacznego zwiększenia uprawnień organów wykonawczych kosztem ustawodawczych, a to uprawnienia prezydenta do rozwiązywania sejmiku i senatu przy jednoczesnym pozbawieniu parlamentu prawa samorozwiązania się, ograniczenia uprawnień sejmiku odnośnie do uchwalania *votum* nieufności wobec rządu przez odmowę głosowania na tym samym posiedzeniu, na którym został zgłoszony, a także w kwestiach uprawnień budżetowych.

Nowela sierpniowa, czy raczej jej projekt, uchwalona została na posiedzeniu Rady Ministrów 19 czerwca 1926 r. i była konsekwencją koncepcji rządów głoszonej przez obóz piłsudczykowski³⁷. Koncepcja ta szła w sposób zdecydowany w kierunku wzmocnienia organów władzy wykonawczej względem władzy ustawodawczej. Wynikało to z całościowej wizji państwa wyartykułowanej bardzo wyraźnie przez ówczesnego ministra sprawiedliwości Wacława Makowskiego³⁸. Koncepcje te głoszone były w sensie politycznym przez Piłsudskiego, a przekładane na rozwiązania prawne przez Makowskiego i Stanisława Cara³⁹. Zwłaszcza te zgłaszane przez Makowskiego były dobrze uzasadnione, ale te idealistycznie mówiące o zgodnej współpracy wszystkich organów państwa. Praktyka lat późniejszych poszła w nieco innym kierunku. Uchwalona nowela pozwalała na rozwiązanie przez prezydenta izb parlamentarnych na wniosek rządu, dawała prezydentowi możliwość wydawania rozporządzeń z mocą ustawy, a także przedstawiała precyzyjny harmonogram uchwalania budżetu, dopuszczając ewentualnie przyjęcia budżetu bez udziału parlamentu. Jak stwierdza Władysław T. Kulesza, rozwiązanie

ciem. Wtedy to na skutek sprzeciwu Francji nie powstał gabinet Witosa z Daszyńskim jako ministrem spraw zagranicznych. Powstał wówczas gabinet Grabowskiego. F. Tommasini, *Odrodzenie Polski*, *op. cit.*, s. 23.

³⁶ Ustawa z dnia 2 sierpnia 1926 r. zmieniająca i uzupełniająca Konstytucję Rzeczypospolitej z dnia 17 marca 1921 r. (Dz.U. RP z 1926 r. Nr 78, poz. 442).

³⁷ A. Ajnenkiel, *Spór o model parlamentaryzmu polskiego do roku 1926*, Warszawa 1972, s. 324 i nast.

³⁸ W.T. Kulesza, *Państwo w myśli politycznej i ustrojowo-prawnej Wacława Makowskiego*, Warszawa 2014, s. 200 i nast.

³⁹ Szerzej: J. Majchrowski, *Stanisław Car. Polska koncepcja autorytaryzmu*, Warszawa 1996; a także K. Grzybowski, *Od dyktatury ku kompromisowi konstytucyjnemu*, Kraków 1930.

te miały się odbywać w ramach systemu rządów parlamentarnych. Jak jednak dodaje, o przyszłości nowych uregulowań decydować miała praktyka konstytucyjna. A ta zaczęła zmierzać w innym kierunku⁴⁰. Choć w samej noweli nie było nic o sposobie powoływania rządu czy też jego odwoływania, to po pierwsze, możemy - powtórzmy to raz jeszcze - stwierdzić, iż rola władzy wykonawczej w stosunku do ustawodawczej wzrosła, a po drugie, Makowski w swoich wystąpieniach zarysował bardzo precyzyjnie wzajemne relacje parlamentu i rządu, stwierdzając m.in.: „Izba musi mieć prawo do stworzenia Rządu, a Rząd przecie musi być dziełem władzy - administratorem. Izba jest matką Rządu, a ambicją matki powinno być to, aby rodziła zdrowe, silne, zdolne do życia dzieci, a nie potworki [...]. Izba powinna mieć prawo do tworzenia władzy, a nie czegoś, co jest tego Rządu karykaturą”⁴¹. Kontynuacja tej myśli, mówiącej o ewentualnym braku możliwości tworzenia rządu przez sejm, była sygnałem, że możliwe są inne rozwiązania, które znalazły swój wyraz w postanowieniach Konstytucji kwietniowej⁴².

Przewrót majowy zmienił całkowicie sposób tworzenia rządu. Tak naprawdę sejm utracił całkowicie lub prawie całkowicie prawo kreowania gabinetów. Partie sejmowe miały coraz mniejszy wpływ zarówno na powoływanie rządów, jak i ich skład, wszystkie stanowiska dzielone były wyłącznie w ród swoich, nie zważano przy tym na sytuację i przyzwyczajenia. Jest to wyraźnie widoczne od momentu rządów Bartla. Znaczący sygnalizator Władysław Pobóg-Malinowski pisał, że Piłsudski przed przewrotem majowym wezwał Bartla do Sulejówka i zakomunikował mu, że przewiduje go na urząd premiera i daje mu kilka miesięcy na przygotowanie się do tej roli⁴³. Rządy Bartla były - jak się wydaje - pod specjalnym nadzorem, kiedy bowiem sejm uchwalił dla jego pierwszego gabinetu *votum* nieufności, po przyjęciu jego dymisji prezydent mianował nowy rząd w identycznym składzie, łącznie z Kazimierzem Młodzianowskim, który był powodem zgłoszenia *votum* nieufności⁴⁴. Podobne sytuacje, choć nie w tak drastycznej formie, miały miejsce także w latach późniejszych.

⁴⁰ W.T. Kulesza, *Państwo w myśli politycznej*, *op. cit.*, s. 210.

⁴¹ M. Makowski, *Zmiana konstytucji. Mowy i oświadczenia ministra sprawiedliwości prof. Wacława Makowskiego*, Warszawa 1926, s. 51 i nast.

⁴² Ustawa Konstytucyjna z dnia 23 kwietnia 1935 r. (Dz.U. z 1935 r. Nr 30, poz. 227).

⁴³ W. Pobóg-Malinowski, *Najnowsza historia*, *op. cit.*, t. 2, cz. 1, s. 468 i 491.

⁴⁴ Bliżej: A. Krawczyk, *Kazimierz Bartel*, [w:] *Prezydenci i premierzy Drugiej Rzeczypospolitej*, red. A. Chojnowski, P. Wróbel, Wrocław-Warszawa-Kraków 1992, s. 236-237.

Proces wyłaniania rządu Bartla i kwestia powierzenia mu urzędu premiera s najlepsz ilustracją zmiany w podejściu do roli parlamentu w procesie nominacji, s te najlepszym dowodem na zaczątek rządów autorytarnych, a w ka dym razie - jeszcze na tym etapie - antydemokratycznych. Decyzje podejmowane były przez osob niepiastującą adnej pa stwowej funkcji, a wi c niemającej ku temu najmniejszych uprawnień. Podobnie rzecz się miała w latach późniejszych. Po epoce „bartłowania” (cztery rządy Bartla jako premiera i jeden jako wicepremier w rządzie Piłsudskiego) nadszedł czas kadencji premiera Kazimierza Witałskiego. I tu mamy do czynienia z podobnym procesem. Otóż prezydent Ignacy Mościcki - jak pisze w swoich pamiętnikach Witałski - „zaaranżował prywatne spotkanie ze mną, w czasie którego oznajmił mi, że ma zamiar po wniesieniu dymisji przez Bartla zaproponować mi misję tworzenia gabinetu”. Dodaje w dalszych wywodach: „nie powoływał się przy tym na porozumienie w tej sprawie z Piłsudskim. Byłem jednak pewny, że Mościcki nie robi tego bez uprzedniej zgody Piłsudskiego”⁴⁵. Wyowiedź ta świadczy wyraźnie o tym, kto jest czynnikiem decyzyjnym w kwestii powoływania rządu i premiera. Zadaniem Witałskiego było, co zostało sprecyzowane, przetrzymanie roku na stanowisku szefa rządu. Po ośmiu miesiącach wrócono do kandydatury Bartla, który już po raz pierwszy stanął na czele rządu. O tym, że decyzje o premierostwie były w rękach Piłsudskiego, świadczy również tak jego deklaracja złożona Piłsudskiemu, gdy obejmował urząd, że urząd premiera (chodzi o 1930 r.) pełniłby tylko do okresu skłaniania wyborów, po czym chce porzucić premierostwo⁴⁶. Ze wspomnienia Witałskiego wynika także, że konsultował on cały skład rządu nie tylko z prezydentem, co mogłoby być zrozumiałe, ale także z Piłsudskim, co potwierdza też wyartykułowana wcześniej. Jest ona wyraźna tym bardziej, że Piłsudski uprzedzał wszystkich premierów rządów pomajowych, że sprawy zagraniczne będą leżały w jego kompetencji, i chciał, aby o tym fakcie otwarcie informować czynniki zagraniczne⁴⁷. Gdy dodamy, że miał także wpływ na sprawy wojskowe, a sprawy inne, zwłaszcza gospodarcze i personalne, były z nim konsultowane, mamy wiadomo, że i praktycznie to Piłsudski o wszystkim decydował, nie musząc sprawować jakiegokolwiek urzędu⁴⁸.

⁴⁵ K. Witałski, *Diariusz 1919-1935*, Warszawa 1992, s. 367.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 524.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 392.

⁴⁸ Bardzo wyraźnie to widać przy obsadzie rządu J. Drzejewicza. Po pierwsze, wynika z jego relacji, że prezydent ustalił nominację J. Drzejewicza z Piłsudskim, a po drugie, że J. Drzejewicz otrzymał od Piłsudskiego wskazówki odnośnie do obsa-

Po przewrocie majowym premierem został Bartel, któremu marszałek - jak wspominałem - kazał się kilka miesięcy wcześniej przygotować do tej funkcji. Czwarty rząd objął sam Piłsudski, przy czym Bartel został wicepremierem i do 9 stycznia 1927 r. ministrem wyznań religijnych i oświecenia publicznego, co w praktyce mogło oznaczać, iż nadal faktycznie kierował rządem, by 27 czerwca 1928 r. objął urząd powtórnie i stał na czele rządu do 13 kwietnia 1929 r. Po nim premierem został Witalski, by po ośmiu miesiącach ustąpić znowu miejsca Bartłowi. 29 marca 1930 r. stanowisko premiera objął Walery Sławek, by po pięciu miesiącach oddał rząd na cztery miesiące ponownie Piłsudskiemu, a następnie powrócił na urząd, mając Bronisława Pierackiego jako wicepremiera. Po Walerym Sławku przez dwa lata rząd kierował Aleksander Prystor, znowu z wicepremierem Pierackim, a potem z Władysławem M. Zawadzkim. Po nim ten premiera objął Janusz J. Drzejewicz, a następnie Leon Kozłowski, ponownie Sławek, po nim Marian Zyndram-Kościałkowski z wicepremierem Eugeniuszem Kwiatkowskim. Ostatnim szefem rządu przed wybuchem wojny był Felicjan Sławoj Składkowski, mając takę Kwiatkowskiego jako zastępcę.

Ogólnie rzecz biorąc, w rządach pomajowych Kazimierz Bartel sprawował urząd premiera pięć razy, Józef Piłsudski dwukrotnie, Walery Sławek trzy razy, Aleksander Prystor raz, podobnie jak Janusz J. Drzejewicz, Leon Kozłowski, Marian Zyndram-Kościałkowski, Kazimierz Witalski i Felicjan Sławoj Składkowski. Łącznie na przestrzeni nieco ponad trzynastu lat było szesnaście rządów. Czasowo urząd premiera piastowali: Bartel - łącznie nieco ponad półtora roku, Piłsudski - dwadzieścia dwa miesiące, Witalski - ok. ośmiu miesięcy, Sławek - ok. półtora roku, Prystor - ok. dwóch lat, J. Drzejewicz - rok, Kozłowski - dziesięć miesięcy, Zyndram-Kościałkowski - siedem miesięcy, najdłużej zaś - trzy lata i cztery miesiące - Składkowski, który „wydawał się Komendantowi za mało po prostu inteligentny”⁴⁹, został więc premierem po śmierci Piłsudskiego, a jego działania jako szefa rządu ową opinię Piłsudskiego potwierdziły.

O ile kwestia sposobu mianowania na urząd szefa rządu była jasna do śmierci Piłsudskiego, o tyle w latach późniejszych się komplikuje. Komplikuje z dwóch powodów: pierwszym powodem, prawnym, jest wejście w życie Konstytucji kwietniowej, która regulowała m.in. sprawy nas interesujące, drugim zaś, politycznym, jest coś, co w nauce nazywane jest dekompozycją obozu piłsudczykowski.

dy kluczowych ministerstw. J. J. Drzejewicz, *W służbie idei. Fragmenty pamiętnika i pism*, Londyn 1972, s. 171.

⁴⁹ K. Witalski, *Diariusz*, op. cit., s. 354.

Po śmierci Piłsudskiego obóz podzielił się na trzy środowiska prowadzące ze sobą walkę: środowisko skupione wokół prezydenta Mościckiego (tzw. grupa Zamek), który w interesującym nas zakresie miał - ze względu na uwarunkowania prawne - największe do powiedzenia; grupa tzw. pułkowników, na czele z przewidywanym przez Piłsudskiego następcę Mościckiego Walerym Sławkim; i grupa skupiona wokół Edwarda migłęgo-Rydzę, który - uważany za politycznie neutralnego - zaczął odgrywać coraz większą rolę w życiu politycznym państwa.

Śmierć Piłsudskiego nastąpiła podczas premierostwa Walerego Sławka, który stosunkowo szybko przestał się liczyć w rywalizacji politycznej i choć w czerwcu 1938 r. został wybrany marszałkiem sejmu, to po rozwiązaniu parlamentu we wrześniu tego roku w listopadowych wyborach, ostro zwalczany przez grupę związaną z migłym, znalazł się na marginesie życia politycznego i 3 kwietnia 1939 r. popełnił samobójstwo. W 1935 r. urząd szefa rządu objął po Sławku na siedem miesięcy Marian Żyndram-Kociński, który ustąpił z urzędu na skutek niezadowolenia migłego⁵⁰. Po nim już do końca Drugiej Rzeczypospolitej rządził uznany za „mało inteligentnego”, ale bezgranicznie wielbiącego Komendanta, Felicjan Składkowski.

Konstytucja kwietniowa, pisana jednak pod Piłsudskiego, stanowiła, co dla jej twórców było oczywiste, iż prezydent „mianuje według swojego uznania Prezesa Rady Ministrów, a na jego wniosek mianuje Ministrów”. Było to więc równoznaczne z wyłączeniem z procesu nominacyjnego parlamentu, co też było zgodne z piłsudczycką wizją państwa. O ile jednak ten proces nominacyjny był oczywisty w latach życia Piłsudskiego, to po jego śmierci osoba, która decydowała o składzie rządu, stał się prezydent Mościcki - już niemający takiego jak Piłsudski miru, również wśród sanatorów. Takie rozbieżności polityczne w obozie piłsudczyckim nie przysparzało mu sił politycznych. Proces nominacji przebiegał mimo to na przykładzie Składkowskiego według jego relacji⁵¹. Otóż opisuje on, iż został wezwany do prezydenta, który zakomunikował mu w formie pytań, czy zgadza się objąć urząd premiera, co on jako prezydent uzgodnił z gen. migłym. Ten z kolei dzień wcześniej zawiadomił o tej propozycji Składkowskiego, wyznaczając godzin stawienia się u prezydenta. Oznaczało to, że zostaje on premierem w wyniku uzgodnienia tego przez dwie grupy sanatorów, a także, że migły niejako przejmując rolę Piłsudskiego. Nie ma się przeto co dziwić, iż mianowany w ten sposób premier z czasem wydał słynny okólnik

⁵⁰ A. Chojnowski, *Marian Żyndram-Kociński, premier Rzeczypospolitej 13 X 1935-15 V 1936*, [w:] *Prezydenci*, op. cit., s. 345 i nast.

⁵¹ F.S. Składkowski, *Nie ostatnie słowo oskarżonego*, Londyn 1964, s. 149-150.

stwierdzając, że marszałek mógł być pierwszą osobą w państwie po prezydencie (okólnik ten wydano na skutek sugestii Mościckiego jako przygotowanie do wyboru mianowanego na prezydenta Rzeczypospolitej w 1940 r.⁵²). Podczas spotkania z prezydentem ten zakomunikował - a więc bez, jak chciała konstytucja, jego wniosku - o składzie wiceprezesa gabinetu, zaznaczając, iż zgodnie ze zwyczajem z czasów Marszałka minister spraw zagranicznych pan Józef Beck „porozumiewa się ze mną bezpośrednio, naturalnie pan musi wiedzieć o wszystkim”. Sam Składkowski poprosił tylko dla siebie o tekst ministra spraw wewnętrznych, a dla swojego poprzednika Zyndrama-Kosińskiego⁵³ o tekst ministra pracy i opieki społecznej. Taki rząd został powołany.

Gabinet Składkowskiego złożył był po części z ludzi Mościckiego, po części z przeciwników mianowanego. W swoim gabinecie miał on tylko siebie, trudno więc powiedzieć, iż wypełniona została dyrektywa konstytucyjna o mianowaniu ministrów na wniosek premiera.

Składkowski pełnił swój urząd do końca Drugiej Rzeczypospolitej. Rezygnacja ze stanowiska nastąpiła już na ziemi rumuńskiej - 30 września 1939 r. wysłał depesza do prezydenta Władysława Raczkiewicza, w której zgłosił swój dymisję. Ten, korzystając ze swoich prerogatyw, przyjął dymisję i mianował nowego prezesa Rady Ministrów⁵⁴. Ale to już historia późniejsza.

Podsumowując interesujące nas zagadnienie, możemy uznać, że w omawianym okresie decyzje odnośnie do osoby premiera oraz składu jego rządu zapadały - z wyjątkiem krótkiego okresu przed przewrotem majowym - poza parlamentem, a o składzie rządu i osobie premiera decydował Józef Piłsudski, po jego śmierci zaś decyzje w tej kwestii przeszły na prezydenta wspólnie z Generalnym Inspektorem Sił Zbrojnych. O składzie rządu decydowały także wspomniane osoby - rola premiera w obsadzaniu gabinetu była minimalna. Przepis konstytucyjny, regulujący te kwestie, był martwy.

⁵² *Ibidem*, s. 156.

⁵³ Kilka stron dalej (s. 171), relacjonując swą rozmowę ze mianowanym, pisze, że wprowadzenie do rządu Kosińskiego było warunkiem sformułowanym przez Mościckiego. Z tekstu wynika także, że był on (Składkowski) kandydatem wysuniętym nie przez prezydenta, lecz mianowanego, który do jego kandydatury musiał długo przekonywać Mościckiego.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 332-332.

Paweł Marek

Status prawny biegłego s dowego

Rozległe zainteresowania Szanownego Jubilata daj autorowi przygotować tego swój prac do Księgi Jubileuszowej komfort wyboru ka tego tematu. Nie inaczej jest w tym przypadku, a ponadto Profesor Jan Widacki niejednokrotnie omawiał na zajęciach kwestie dotyczące biegłych s dowych. Poniższy artykuł będzie dotyczył tej właśnie kwestii.

*Ekspert to osoba, która wie coraz więcej
o coraz większej dziedzinie,
a wreszcie absolutnie wszystko o niczym.*
Arthur Bloch

*Ekspertyza posiada tak wartość, jak posiada
biegły, który ją przeprowadza.*
Edmund Locard

Już kilkakrotnie słyszeliśmy informacje na temat ustawy o biegłych s dowych. Kilka miesięcy temu Ministerstwo Sprawiedliwości ogłosiło projekt ustawy (kolejny) o biegłych s dowych. Pozostaje tylko kwestia, czy zostanie on zrealizowany, czy skończy się tak jak poprzednie. Poniżej zostaną przedstawione najważniejsze kwestie związane z biegłymi s dowymi.

Obecnie proces s dowy na poziomie dowodowym opiera si cz sto na opiniach biegłych¹. Zostali oni ustanowieni dla zapewnienia nale ytego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwo ci. Powoływani s w sprawach cywilnych, karnych, gospodarczych, lustracyjnych, administracyjnych, a czasami nawet dyscyplinarnych. Prowadzone tu rozwa ania dotycz głównie wykorzystywania biegłych w procesie karnym, a dla celów uzupełniaj cych czy porównawczych w procesie cywilnym. „Opinii biegłych zasi ga si tylko wtedy, gdy stwierdzone okoliczno ci istotnych rozstrzygni wymaga wiadomo ci specjalnych” (art. 193 § 1 k.p.k.)². Zgodnie z art. 278 § 1 k.p.c.³ biegłego nale y wezwa w wypadkach wymagaj cych wiadomo ci specjalnych po wysłuchaniu wniosków stron. Z kolei zgodnie z art. 84 § 1 k.p.a.⁴, gdy w sprawie wymagane s wiadomo ci specjalne, organ administracji publicznej mo e zwróci si do biegłego lub biegłych o wydanie opinii. Wspólnym elementem tych norm jest poj cie wiadomo ci specjalnych. Opinia taka jest wi c zb dna, gdy stwierdzenie tych okoliczno ci mo e nast pi bez takich wiadomo ci, a na podstawie do wiadczenia i wiedzy s dziego”⁵. Ponadto „w sprawach wymagaj cych wiedzy specjalistycznej skład s du nie powinien rezygnowa z powołania biegłych cho by s d dysponował wiedz specjaln ”⁶. Natomiast „do wiadomo ci specjalnych [...] nie nale te wiadomo ci, które s dost pne dla dorosłego człowieka o odpowiednim do wiadczeniu yciowym, wykształceniem i zasobie wiedzy ogólnej”⁷. W wyroku S du Najwy szego czytamy, e wiadomo ci specjalne z zało enia dotycz faktów, a nie prawa⁸.

W literaturze przedmiotu wskazuje si , e termin „biegły s dowy” obejmuje nast puj ce kategorie podmiotów:

¹ J. Wójcikiewicz, *Ekspertyza s dowy. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2007, s. 19.

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks post powania karnego (Dz.U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555 ze zm.).

³ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks post powania cywilnego (Dz.U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296 ze zm.).

⁴ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks post powania administracyjnego (Dz.U. z 1960 r. Nr 30, poz. 168 ze zm.).

⁵ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 16 grudnia 1998 r., II AKz 191/98, KZS 1998, nr 12, s. 133.

⁶ Postanowienie SN z dnia 14 listopada 1968 r., Z 46/68, OSNOW 1969, nr 3, poz. 34.

⁷ Wyrok SN z dnia 15 kwietnia 1976 r., II KR 48/76, OSNKW 1976, nr 10-11, poz. 133.

⁸ Wyrok SN z dnia 17 stycznia 1987 r., V KRN 474/86, OSNPG 1988, nr 3, poz. 29.

- 1) instytucje naukowe: instytuty naukowe lub naukowo-badawcze, uczelnie wy sze i ich zakłady, katedry i instytuty, jednostki badawczo-rozwojowe i inne posiadaj ce status jednostki naukowych lub naukowo-badawczy (np. Instytut Ekspertyz S dowych im. prof. dr. J. Sehna w Krakowie, katedry kryminalistyki wydziałów prawa, zakłady medycyny s dowej akademii medycznych itp.);
- 2) instytucje specjalistyczne: laboratoria słu b pa stwowych, stowarzysze i prywatne nieposiadaj ce statusu instytucji naukowych i naukowo-badawczych (np.: Centralne Laboratorium Kryminalistyczne Policji⁹, laboratoria komend wojewódzkich Policji¹⁰, Laboratorium Kryminalistyczne Stra y Granicznej, Zakład Kryminalistyki i Chemii Specjalnej Agencji Bezpiecze stwa Wewn trznego, laboratorium Polskiego Towarzystwa Kryminalistycznego);
- 3) biegli s dowie;
- 4) eksperci wyst puj cy w roli biegłych, jako osoby opracowuj ce opini w imieniu instytucji naukowych lub specjalistycznych;
- 5) biegli *ad hoc*¹¹.

Status biegłego s dowego reguluje wiele aktów prawnych, co uzasadnia potrzeb ujednolicenia w jednym akcie prawnym. Tych uzasadnie jest jednak wi cej: podwy szenie jako ci opinii, opracowanie odpowiedniej procedury dopuszczenia kandydatów do bycia biegłym s dowym, opracowanie systemu, dzi ki któremu s d wiedziałby, który biegły jest bardziej wiarygodny, a ponadto dopracowanie systemu wynagrodze , który przyci gn łyby najlepszych specjalistów do grona biegłych. Tak zmian na lepsze miała by ustawa o biegłych s dowych, której projekt przedło ono w pa dzienniku 2014 r. Projekt ustawy o biegłych s do-

⁹ Ustawa z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych (Dz.U. z 2010 r. Nr 96, poz. 618 ze zm.); ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz.U. z 1990 r. Nr 30, poz. 179 ze zm.), rozporz dzenie Ministra Spraw Wewn trznych i Administracji z dnia 30 wrze nia 2010 r. w sprawie utworzenia jednostki badawczo-rozwojowej - Centralne Laboratorium Kryminalistyczne Policji (Dz.U. z 2010 r. Nr 181, poz. 1227); statut centralnego Laboratorium Kryminalistycznego Policji nadany przez Ministra Spraw Wewn trznych i Administracji zarz dzeniem z dnia 2 listopada 210 r. (Dz.U. MSWiA z 2010 r. Nr 13, poz. 66 ze zm.); zarz dzenie nr 1041 Komendanta Głównego Policji z dnia 28 wrze nia 2007 r. w sprawie szczegółowych zasad organizacji i zakresu działania komend, komisariatów i innych jednostek organizacyjnych Policji (Dz.Urz. KGP z 2007 r. Nr 18, poz. 135 ze zm.).

¹⁰ Cyt. zarz dzenie nr 1041 Komendanta Głównego Policji.

¹¹ E. Gruza, M. Goc, J. Moszczy ski, *Kryminalistyka - czyli rzecz o metodach led-
czych*, Warszawa 2011, s. 242-243.

wych¹², zgodnie z art. 1, „określa warunki i tryb ustanowienia biegłych sądowych, zawieszenia w pełnieniu oraz pozbawienia funkcji”. Mimo niezwyklej wagi ustawy dla procesu sądowego liczył on zaledwie 19 artykułów. Jest to dokładnie tyle samo, ile wynosi liczba paragrafów znajdujących się w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 stycznia 2005 r. w sprawie biegłych sądowych¹³, a do projektu kilkakrotnie przepisano przepisy rozporządzenia.

Niewątpliwie biegłym sądowym jest osoba fizyczna, ale również instytucja naukowa i specjalistyczna. Warunki, jakie musi spełnić osoba fizyczna, aby być biegłym sądowym, to z pewnością pełna zdolność do czynności prawnych i znajomość języka polskiego¹⁴. Rzadko poruszonym tematem jest potwierdzenie jego teoretycznych i praktycznych wiadomości specjalnych. Te z kolei mógłby potwierdzać odpowiednimi certyfikatami i akredytacjami, które musiałby uaktualniać. W przedstawionym wyżej rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości w § 13 jest mowa, że biegły – tłumacz języka migowego – musi posiadać certyfikat drugi T2 *Tłumacz-biegły w zakresie języka migowego* lub tytuł eksperta tego języka, wydawany przez Polski Związek Głuchych. Jest to jedyny przypadek, gdzie przepis stwierdza, że biegły musi potwierdzić swoje wiadomości specjalne certyfikatem i od kogoś może go otrzymać.

Co prawda w ostatnim przedłożonym projekcie jest mowa o szkoleniach, które mają się „odbywać nie rzadziej niż dwa razy w roku” (art. 11 ust. 1 proj.), ale mają one „dotyczyć jego praw i obowiązków w postępowaniu sądowym i w postępowaniu przygotowawczym”. Tutaj pojawia się problem nieobecności biegłego sądowego na takich szkoleniach z powodu nawału pracy. Czy zostanie on zawieszony? Będzie to miało raczej odwrotny skutek – niech do ubiegania się o zostanie biegłym sądowym. Pozostaje kwestia podnoszenia kwalifikacji w zakresie wiadomości specjalnych. Ma on obowiązek ich stałego podnoszenia, ale nie ma informacji, jak będzie to weryfikowane. O kwalifikacji na biegłego nie powinien decydować dyplom, ale posiadanie przez niego wiadomości specjalnych¹⁵, które powinien potwierdzać aktualnymi certyfikatami czy akredytacjami. Problemem jest też, jakie kwalifikacje ma posiadać

¹² Projekt ustawy o biegłych sądowych z 2014 r., 29.10.2014, dostępna na: legislacja.rcl.gov.pl [stan na: 5.01.2018].

¹³ Dz.U. z 2005 r. Nr 15, poz. 133.

¹⁴ W cyt. projekcie ustawy o biegłych sądowych z 2014 r. w art. 7 ust. 1 pkt. 1 i 3 jest taki zapis. Nie ma go w cyt. rozporządzeniu z 2005 r. w sprawie biegłych sądowych.

¹⁵ S. Walto, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013, s. 383.

przyszły biegły, i - co jest najważniejsze - w jaki sposób jego wiedza ma być (obecnie) weryfikowana przez prezesa sądu okręgowego. W sposób obiektywny znacznie utrudnia to już samo faktycznej weryfikacji wiedzy biegłego. Jednak te obiektywne trudności nie powinny przesłania niebezpieczeństwa, że w przypadku wpisania na listy biegłych osób niekompetentnych lub niedających gwarancji należytego wypełnienia przez nich swoich obowiązków¹⁶. Poniżej tabela pokazuje, że prezesi sądów rzadko odmawiali wpisu na listy biegłych¹⁷.

Tabela 1. Liczba osób wpisanych na listy biegłych sądowych w sądach okręgowych

Rok	Liczba wniosków o wpis na listy biegłych sądowych	Liczba osób, którym odmówiono wpisu na listy biegłych sądowych	Procent uwzględnionych wniosków o wpis na listy biegłych sądowych
2008	1110	58	94,8%
2009	807	53	93,4%
2010	1324	68	94,9%
2011	1071	71	93,4%
2012	1284	89	93,1%
Łącznie	5596	339	94,0%

ródło: opracowanie własne.

Kilka miesięcy temu Ministerstwo Sprawiedliwości zaproponowało, że wniosek o wpis biegłego na listy biegłych sądowych mogłaby opiniować specjalna komisja kwalifikacyjna, która ma być uprawniona przez ministra sprawiedliwości. Członkami tej komisji mają być specjaliści (biegłi?) z różnych dziedzin, instytucji badawczych czy stowarzyszeń zawodowych. Zapomniano tylko dodać, jak ma być wybierany skład takiej komisji i kto będzie ich sprawdzał.

Z pewnością będzie to stwierdzenie, że biegłym sądowym jest również jednostka organizacyjna. W art. 193 § 2 k.p.k. nie ma mowy o jednostkach organizacyjnych, a o instytucjach naukowych i specjalistycznych. Należy pamiętać, że instytucje tworzą biegli o różnych specjalnościach, ale również pracuje w nich personel cywilny (sprzątaczkę,

¹⁶ S. Kalinowski, *Biegły i jego opinia*, Warszawa 1994, s. 81.

¹⁷ B. Grabowska, A. Pietryka, M. Wolny, *Biegli sądowi w Polsce*, Polska Rada Biznesu, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, 2014, dostępne na: beta.hfhr.pl [stan na: 5.01.2018].

sekretekarki, „złote rączki”). Czy oni też mają posiadać wiedzę specjalistyczną? Powstają również kolejne pytania: jak instytucja naukowa lub specjalistyczna ma składać swoje przyrzeczenie? jak ma odbywać szkolenia i podnosić swoje kwalifikacje? czy ma to uczyni przedstawiciel instytucji (prezes, kierownik, dyrektor), biegły s dowy lub biegły s dowi (jako osoby fizyczne)? czy dotyczy to również personelu cywilnego? Praktyk jest, że wpis na list biegłych s dowych ma ważyć pięć lat, a okres ustanowienia upływa z końcem roku kalendarzowego. Zgodnie z tym jednostki organizacyjne także pełnią funkcję biegłych s dowych przez pięć lat. Jak ma się to do poszczególnych biegłych s dowych? Co jeżeli nowy biegły dołączy do jednostki po – przykładowym okresie – dwóch latach od ustanowienia funkcji biegłego s dowego? Czy może być tak, że pewna grupa biegłych s dowych będzie z automatu wpisana na list – tak według art. 3 proj. i uzasadnienia do niego. Będzie to jednostki organizacyjne Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego właściwe w sprawach badań kryminalistycznych (Biuro Badań Kryminalistycznych), zakłady medycyny sądowej uczelni medycznych, instytuty badawcze wchodzące w skład Policji, rodzinne ośrodki diagnostyczno-konsultacyjne oraz państwowe jednostki organizacyjne podległe Ministrowi Sprawiedliwości prowadzące działalność naukową i badawczo-rozwojową.

Dlatego tutaj pojawia się zasadnicza kwestia: czym jest instytucja naukowa lub specjalistyczna? Instytucją naukową są uczelnie wyższe, publiczne jak i niepubliczne oraz ich jednostki organizacyjne, czyli wydziały, instytuty, katedry, zakłady, które prowadzą badania naukowe. Potwierdzeniem tego jest możliwość nadawania stopnia doktora. Art. 3 p.s.w.¹⁸ reguluje, kiedy uczelnia może tytułować się w nazwie akademią, politechniką, uniwersytetem technicznym czy uniwersyte-tem. Ponadto w rozumieniu art. 1 u.i.b.¹⁹ „instytutem badawczym [...] jest państwowa jednostka organizacyjna, wyodrębniona pod względem prawnym, organizacyjnym i ekonomiczno-finansowym, która prowadzi badania naukowe i prace rozwojowe ukierunkowane na ich wdrożenie i zastosowanie w praktyce”. Instytucjami naukowymi są instytuty Polskiej Akademii Nauk, co jest zgodne z rozdziałem 5 ustawy o PAN²⁰. Cechy wspólnie powyższych instytucji (a więc uczelnianych, badawczych

¹⁸ Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. - Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz.U. z 2005 r. Nr 164, poz. 1365).

¹⁹ Ustawa z dnia 20 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych (Dz.U. z 2010 r. Nr 96, poz. 618).

²⁰ Ustawa z dnia 30 kwietnia 2010 r. o Polskiej Akademii Nauk (Dz.U. z 2010 r. Nr 96, poz. 619).

i PAN) jest to, że prowadzi badania naukowe i są kontrolowane i nadzorowane przez odpowiednie organy²¹.

Problem pojawia się, jeżeli instytucja specjalistyczna nie jest jednostką naukową, jak np. Centrum Ekspertyz Kryminalistycznych KGP²². Orzecznictwo skupia się jedynie na wyliczeniu instytucji, a nie na podaniu odpowiednich warunków. Jedynie Sąd Apelacyjny w Krakowie stwierdza, że

instytucjami naukowymi lub specjalistycznymi, uprawnionymi z mocy art. 193 § 2 k.p.k. do wydawania opinii na użytek postępowania karnego, są jednostki organizacyjne Akademii Nauk i szkół wyższych albo jednostki badawczo-rozwojowe przewidziane przepisami ustawy z dnia 25 lipca 1985 roku [...]. Nadzorowanie ich działalności przez odpowiednie organy państwowe stanowi rekomendację należytego poziomu fachowego; co do biegłych (tzw. indywidualnych) tą rekomendacją stanowi decyzja prezesa sądu o wpisie na list biegłych, a za kwalifikacje biegłych powoływanych do sprawy (tzw. biegli *ad hoc*) odpowiedzialność bierze sam sąd²³.

Co prawda orzeczenie nie jest już aktualne, bowiem jednostki specjalistyczne nie muszą być już ośrodkami naukowymi, ale kryterium nadzoru jest z pewnością słuszne. Przykładowo w ramach struktur Europejskiej Sieci Instytutów Kryminalistycznych (European Network of Forensic Science Institutes - ENFSI) działa jednostka ds. DNA, która zaleca, aby testy wykonywali członkowie właśnie tej organizacji²⁴. W Niemczech podobną instytucją jest Niemiecka Grupa ds. Profilowania DNA (German DNA Profiling - GEDNAP)²⁵. W Polsce atestacją dla badań DNA od 1996 r. zajmuje się Polskie Towarzystwo Medycyny Sądowej i Kryminologii (PTMSiK)²⁶. Celem towarzystwa jest podwyższanie jakości ekspertyzy genetyczno-sądowych, wskazanie i rekomendacja laboratoriów, które przeszły atestację, oraz przedstawienie na listie

²¹ J. Widacki, *Instytucja naukowa lub specjalistyczna w rozumieniu art. 193 § 2 k.p.k.*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 9, s. 45-46.

²² Postanowienie SN z dnia 5 grudnia 2006 r., II KK 196/06, OSNKW-R 2006, poz. 2351.

²³ Wyrok SA w Krakowie z dnia 3 lipca 2002 r., II AKa 3/02, KZS 2002, nr 7-8, s. 53.

²⁴ A. Tucholska-Lenart, *Test biegłego zawodowego w kryminalistycznych badaniach DNA*, [w:] *Problemy współczesnej kryminalistyki*, t. 2, red. E. Gruza, T. Tomaszewski, Warszawa 1998, s. 75-76; również: M. Goc, *Międzynarodowa współpraca laboratoriów kryminalistycznych*, [w:] *Problemy współczesnej kryminalistyki*, t. 3, red. E. Gruza, T. Tomaszewski, Warszawa 2000, s. 81-87.

²⁵ Z. Szczerkowska, *Wiodące laboratoria* [wywiad], „Genetyka i Prawo” 2008, nr 1, s. 14.

²⁶ D. Mićka-Lińska, *Do wiadomości z atestacji badań DNA*, [w:] *Problemy współczesnej kryminalistyki*, t. 3, op. cit., s. 298.

tych, którzy jej nie uzyskali. O wynikach atestacji informowane s : Ministerstwo Sprawiedliwości, Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, prokuratury okręgowe, prezesi sądów okręgowych i dziekani izb adwokackich²⁷. Udzielane s w dwóch grupach: atesty na badania DNA w ustalaniu ojcostwa oraz atesty w zakresie badań DNA ładów biologicznych²⁸. W latach 2008-2009 atest PTMSiK na badanie DNA w ustalaniu ojcostwa otrzymało 11 laboratoriów (zakłady medycyny sądowej uczelni publicznych), a atestu nie otrzymała pracownia hemogenetyczna Zakładu Medycyny Sądowej PAM w Szczecinie. Atest otrzymał również Instytut Ekspertyz Sądowych²⁹. Ponieważ atestacja PTMSiK odbywa się co dwa lata, ostatnia dotyczyła lat 2013-2014. Do atestacji na badania DNA ładów biologicznych w różnym zakresie przystąpiło 14 laboratoriów i wszystkie zdały egzamin. Również atest na badania o ustalenie pokrewieństwa, w tym ojcostwa, atest otrzymały wszystkie laboratoria³⁰. Należy podkreślić, że udział w tych badaniach jest dobrowolny. Najlepiej, aby biegli (obojętnie, czy jako osoby fizyczne, czy jako instytucje naukowe, czy specjalistyczne) byli poddawani takim weryfikacjom, a dzięki temu sąd czy sądzia wiedziałby, który biegły jest bardziej wiarygodny. Ponadto sądy, a co za tym idzie również obrońcy i prokuratorzy, muszą wiedzieć, że jest coś takiego i muszą wiedzieć, gdzie można sprawdzić, czy dany biegły posiada odpowiedni atest i następnie weryfikować to na sali sądowej. Obecne certyfikacje na całym świecie wykonują stowarzyszenia bądź ce organizacjami pozarządowymi³¹.

Również w postępowaniu cywilnym - zgodnie z art. 290 k.p.c. - jest dopuszczalny dowód z opinii instytutu naukowego lub naukowo-badawczego. Ponadto „opinia instytutu wydana na danie sądu powinna być podjęta kolektywnie, po wspólnym przeprowadzeniu badania oraz powinna wyrażać stanowisko nie poszczególnych osób, lecz instytutu, który te osoby reprezentują”³². Wynika to stąd, że opinię instytutu naukowego tworzą nie tylko pracownicy, a wraz z nim ich potencjał naukowy, odpowiednia aparatura, ale przede wszystkim praca zbiorowa³³. Za opinię instytutu naukowego lub naukowo-badawczego niezbędną jest wydanie jej przez co najmniej dwóch pracowników naukowych da-

²⁷ Z. Szczerkowska, *Wiodące laboratoria...*, *op. cit.*, s. 14-15.

²⁸ J. Widacki, *Obrońca wobec dowodu z badania DNA*, „Palestra” 2014, nr 1-2, s. 73.

²⁹ Komisja Genetyki Sądowej [zakładka], ptmsik.pl [stan na: 5.01.2018].

³⁰ *Ibidem*.

³¹ J. Widacki, *Obrońca wobec...*, *op. cit.*, s. 75-76.

³² Wyrok SN z dnia 28 września 1965 r., II PR 321/65, OSNCP 1966, nr 5, poz. 84.

³³ Wyrok SN z dnia 10 sierpnia 2007 r., II CSK 228/07, LEX nr 319623.

niego instytutu³⁴. W opinii instytutu mieszczą się poglądy reprezentowane w niej jednolicie lub w przeważającej części. W opinii instytutu naukowego mieszczą się tylko poglądy reprezentowane w niej jednolicie lub w przeważającej części, a więc podstaw ustaleń do przeprowadzającego ten dowód nie mogą być osobiste zapamiętania jednego ze współautorów opinii składającego na rozprawie wyjaśnienia w imieniu instytutu³⁵.

W placówkach naukowych, podobnie jak w instytucjach specjalistycznych (laboratoriach kryminalistycznych), nie wymienia się z imienia i nazwiska biegłego, który ma wykonać opinię. Z takiego unormowania kodeksowego wynika, że kwalifikacje tych osób istnieją jedynie przez fakt, że pracują w danej instytucji naukowej. Dopiero po wezwaniu wykonawcy ekspertyzy można ocenić jego wiedzę. Tytuł naukowy czy zawodowy pracowników oraz ich publikacje w wydawnictwach fachowych nie powinny być jedynym kryterium oceny ich kwalifikacji. Czy nie lepiej byłoby, jeżeli biegli pracujący w placówkach naukowych byłiby również wpisywani na list biegłych jako osoby fizyczne? Wzmocniłoby to ich status i zwiększyłaby się weryfikacja ich stanu wiedzy³⁶.

Pozostaje więc kwestia podpisów na opinii: kto ją powinien podpisać? W art. 177 k.p.k. z 1969 r.³⁷ jest napisane, że „opinia wydana przez instytut, zakład lub instytucję powinna wymieniać osoby biorące udział w jej wydaniu z podaniem nazwisk i imion, stopni lub tytułów naukowych oraz zajmowanych stanowisk; opinia powinna być podpisana przez te osoby oraz przez osobę upoważnioną do podpisywania opinii w imieniu instytucji”. W obowiązującym kodeksie postępowania karnego z 1997 r. wymagane są podpisy wszystkich biegłych, którzy uczestniczyli w wydaniu opinii, a w wypadku opinii instytucji – także pełna nazwa i siedziba instytucji (art. 200 § 2 k.p.k.). Również Sąd Najwyższy dostrzega to zagrożenie, bowiem w „przypadku dowodu z opinii instytucji naukowej obowiązek wyznaczenia osób o odpowiednich kwalifikacjach spoczywa na kierowniku jednostki”³⁸. Jednak z drugiej strony Sąd Najwyższy stwierdza, że „z przepisów k.p.k. nie wynika, aby w przypadku opinii instytucji naukowej lub specjalistycznej (art. 193 § 2 k.p.k.) oprócz pod-

³⁴ Orzeczenie SN z dnia 12 maja 1971 r., II CR 35/71, OSNPG 1971, nr 11, poz. 268.

³⁵ Wyrok SN z dnia 19 lipca 2001 r., II UKN 487/00, OSNAPiUS 2003, nr 9, poz. 230.

³⁶ T. Tomaszewski, *Kwalifikacje biegłych wydających opinie kryminalistyczne*, [w:] *Problemy współczesnej kryminalistyki*, t. 3, op. cit., s. 351.

³⁷ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1969 r. Nr 13, poz. 96 ze zm.).

³⁸ Postanowienie SN z dnia 23 sierpnia 2007 r., IV KK 222/07, OSNwSK 2007, nr 1, poz. 1864.

pisu biegłego-eksperta sporządzajcego opinię, konieczne byłoby za-
twierdzenie przez inne osoby lub kierownika jednostki. Przepis art. 200
§ 2 pkt 3 k.p.k. określa jedynie, że w przypadku opinii instytucji, opinia
winna zawierać pełną nazwę i siedzibę instytucji”³⁹.

Kodeks postępowania karnego z 1928 r.⁴⁰ na pierwszym miejscu wy-
mieniał biegłych sądowych (art. 111), powoływanych *ad hoc* (art. 112
§ 1), a dopiero w art. 125 czytamy, że „zamiast wzywania biegłych lub
niezależnie od ich wezwania sąd lub prowadzący śledztwo lub dochodze-
nie może zasięgnąć opinii odpowiedniego urzędu lub zakładu”. Podobna
kolejność jest w obowiązujących procedurach karnych i cywilnych. Ina-
czej przedstawiał to kodeks postępowania karnego z 1969 r. w art. 176
§ 1: „Jeżeli stwierdzenie okoliczności mających istotny wpływ na roz-
strzygnięcie sprawy wymaga wiadomości specjalnych zasięga się opinii
instytutu naukowego lub naukowo-badawczego albo zakładu specjali-
stycznego lub powołanej do tego instytucji albo tej powołanej się jedne-
go lub kilku biegłych”. Potwierdza to choćby akty niniejszego rzędu, np.
instrukcja dochodzeniowo-śledcza MO z 1976 r.: „Przy powoływaniu
biegłych i zarządzeniu ekspertyz należy mieć na uwadze w pierwszej ko-
lejnności instytuty, zakłady naukowe i specjalistyczne”, a dopiero w dalszej
kolejnności biegłych z listy lub innych osób, która ma odpowiednią wiedzę⁴¹.
Aktualny kodeks nie przesądza już pierwszeństwa do wykonywania eks-
pertyzy, ponieważ nie ma przepisu, w którym prymat mają instytucje
naukowe i zakłady specjalistyczne⁴². Art. 193 § 1 stwierdza, że zasięga
się opinii biegłego albo biegłych, a § 2 dodaje, że w celu wydania opinii
można też zwrócić się do instytucji naukowej lub specjalistycznej. Jed-
nakże przy takiej opinii wskazane jest, aby umieszczani byli wszyscy
biegli, jacy wydawali opinię (ma to na celu podkreślić odpowiedzialność
za swoją część opinii)⁴³. Jednakże część opinii można wykonać tylko w ra-
mach działalności właściwie takich jednostek, które są wyspecjalizowane,
posiadają odpowiednią aparaturę, wykwalifikowany personel z wewnętrzną
organizacją⁴⁴. Ustawa nie preferuje żadnego z tych sposobów zasięgnięcia

³⁹ Postanowienie SN z dnia 3 listopada 2010 r., II KK 118/10, LEX nr 688672; po-
dobnie wyrok SA w Poznaniu z dnia 21 listopada 2012 r., II AKa 163/12, LEX
nr 1324750.

⁴⁰ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 marca 1928 r. - Kodeks
postępowania karnego (Dz.U. z 1928 r. Nr 33, poz. 313 ze zm.).

⁴¹ G. Kopczyński, *Konfrontacja biegłych w polskim procesie karnym*, Warszawa 2008,
s. 80.

⁴² Zob. art. 176 § 1 i art. 178 k.p.k. z 1969 r.

⁴³ T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2011, s. 532.

⁴⁴ S. Waltoń, P. Hofmański, *Proces karny...*, op. cit., s. 384.

cia opinii, uzależniamy ją od konkretnej sprawy. Warto dowodowa jest w końcu - co do zasady - taka sama. Różnica między obecnym art. 193 § 1 i 2 k.p.k. a art. 176 § 1 k.p.k. z 1969 r. jest taka, że są wymienione w innej kolejności. Obowiązujący kodeks postępowania karnego wskazuje, że opinia może wykonać jeden biegły, biegli, ale również biegły i biegli działający w ramach instytucji naukowych lub specjalistycznych. Również kodeks postępowania karnego z 1969 r. nie przeczył, że warto dowodowa nie zależy od liczby biegłych i gdzie oni pracują⁴⁵. Ponadto biegłym jest osoba fizyczna i to nawet, jeżeli opinia wydaje instytucja naukowa lub specjalistyczna, ponieważ bezpośrednio wykonuje i opiniuje odpowiedni biegły lub biegli, a więc osoba fizyczna⁴⁶. Problem pojawia się, jeżeli instytucja nie posiada na stałe zatrudnionej kadry eksperckiej, z zapleczem technicznym i intelektualnym, ale istnieje jako „po rednik” między organami sprawiedliwości a biegłymi⁴⁷. Dlatego tak ważna byłaby kontrola biegłych, chociażby przez atestację.

Kto jest funkcjonariuszem publicznym, wylicza w zamkniętym katalogu obowiązującego art. 115 § 13 k.k.⁴⁸ Nie ma w nim biegłego sądowego. Osoba, która nie jest wymieniona w art. 115 § 13 k.k., nie jest funkcjonariuszem publicznym, i to nawet jeżeli przepisy szczególne zapewniają taką ochronę⁴⁹. Odmienne jeżeli chodzi o znaczenie terminu „funkcjonariusz publiczny” z art. 222 k.k.⁵⁰ Wyliczenie z art. 120 § 11 k.k. z 1969 r.⁵¹ obejmował również „inną osobę korzystającą z mocy przepisów szczególnych z ochrony prawnej, przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych”. W przeciwnym razie do obowiązującego art. 115 § 13 k.k.

⁴⁵ Wyrok SN z dnia 9 listopada 1979 r., III KR 315/79, OSNKW 1980, nr 3, poz. 31; postanowienie SN z dnia 21 sierpnia 1981 r., I KZ 183/81, LEX nr 21916; L.P. Paprzycki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 1-424*, t. 1, Warszawa 2013, s. 667.

⁴⁶ W. K. dzierski, *Biegły sądowy. Specjalno biegłych w praktyce sądów okręgowych*, [w:] *Problemy współczesnej kryminalistyki...*, t. 3, *op. cit.*, s. 171.

⁴⁷ T. Tomaszewski, *Kompetencje firm prywatnych do wydawania opinii w postępowaniu karnym lub cywilnym*, [w:] *Doctrina multiplex veritas una. Księga jubileuszowa poświęcona Prof. Mariuszowi Kulickiemu*, red. A. Bulsiewicz, A. Marek, V. Kwiatkowska-Darul, Toruń 2004, s. 172.

⁴⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 ze zm.).

⁴⁹ Wyrok SN z dnia 27 listopada 2000 r., WKN 27/00, OSNKW 2001, nr 3-4, poz. 21.

⁵⁰ Postanowienie SN z dnia 2 września 2000 r., I KZP 26/00, OSNKW 2000, nr 9-10, poz. 88; wyrok z dnia 18 maja 2004 r., WK 10/04, OSNKW 2004, nr 7-8, poz. 71.

⁵¹ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. - Kodeks karny (Dz.U. z 1969 r. Nr 13, poz. 94 ze zm.).

jednak e niektóre przepisy pozakodeksowe daj „ochron prawn przewidzian dla funkcjonariusza publicznego”⁵². Przykładowo mo na podać strażnika łowieckiego (wymienionego w art. 36 ust. 33 pkt. 2 pr. łow.⁵³), który nie jest funkcjonariuszem publicznym, ale zgodnie z art. 40 ust. 1 w zw. z art. 39 ust. 11 pr. łow. „przy wykonywaniu czynności służbowych korzysta z ochrony przewidzianej w przepisach kodeksu karnego dla funkcjonariusza publicznego”. Jednak e art. 39 ust. 1 pr. łow. gwarantuje t ochron strażnikom Państwowej Straży Łowieckiej, którzy wykonują czynności służbowe, a oni jako pracownicy urzędów wojewódzkich (art. 38 ust. 2 pr. łow.) znajdują si w katalogu w obowiązującym art. 115 § 13 pkt 1 k.k. jako „pracownicy administracji rządowej”, czyli s funkcjonariuszami publicznymi w rozumieniu kodeksu karnego⁵⁴.

W związku z wpisywaniem biegłych sądowych na listy pojawia si problem posługiwania si jego tytułem. Biegły sądowy jest tylko organem pomocniczym wymiaru sprawiedliwości w przypadkach wymagających wiadomości specjalnych. Stanowi instytucję sądowego prawa procesowego i może używać tytułu biegłego sądowego, tylko sporządzając opinie dla określonego w przepisach kręgu podmiotów. Używanie tytułu biegłego sądowego w innych działaniach jest bezprawne i dyskredytuje daną osobę w stopniu pozwalającym uznać, iż nie daje ona rąk do wykonywania obowiązków biegłego⁵⁵.

Rękojmie należącego do wykonywania obowiązków biegłego definiuje si jako całość cech, zdarzeń i okoliczności dotyczących osoby biegłego sądowego, składających si na jego wizerunek jako osoby zaufania publicznego. Wskazuje si w orzecznictwie, że na wizerunek osoby zaufania publicznego składają si cechy charakteru, jak: szlachetność, prawość, sumiennosc i bezstronność, które musi spełniać. Natomiast ka de podejrzenie nierzetelności w wykonywaniu obowiązków biegłego uprawnia do uznania, że biegły nie spełnia podstawowego warunku rękojmi należącego do wykonywania obowiązków biegłego. Osoba biegłego nie może być dotknięta skazaniem, która podważyłaby zaufanie do niej⁵⁶. Dlatego zarówno przepisy kodeksu postępowania cywilnego

⁵² J. Wyrembak, *Pojęcie funkcjonariusza publicznego w prawie karnym*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 4, s. 83-95.

⁵³ Ustawa z dnia 13 października 1995 r. - Prawo łowieckie (Dz.U. z 1995 r. Nr 147, poz. 713 ze zm.).

⁵⁴ A. Zoll, *Kodeks karny. część ogólna*, Warszawa 2012, s. 1403.

⁵⁵ Wyrok NSA z dnia 20 sierpnia 1998 r., II SA 992/98, „Monitor Prawniczy” 1999, nr 8, poz. 47.

⁵⁶ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 18 października 2006 r., VI SA/Wa 1553/06, LEX nr 264553.

go (art. 278-291), jak równie przepisy kodeksu post powania karnego (art. 176-184 i art. 274) wymagaj od biegłego nie tylko wiedzy i wysokich kwalifikacji, ale tak e sumiennie ci, rzetelnie ci i bezstronnie ci, co biegły potwierdza w składanym przez siebie przyrzeczeniu przed rozpocz ciem czynno ci biegłego. Dlatego te ka de podejrzenie o brak obiektywizmu i stronniczo w wykonywaniu obowi zków biegłego, brak zrozumienia dla zasady niezawisłości s dziowskiej, powagi i mocy orzecze s du uprawnia do uznania, e biegły nie spełnia podstawowego warunku r kojmi nale ytego wykonywania obowi zków biegłego⁵⁷.

Problem jest równie , je eli biegły s dowy wykonuje tak e opnie dla osób prywatnych i wtedy u ywa swych piecz tek jako „biegły s dowy” czy te wpisuje w nagłówku opinii, e nim jest. Posługiwanie si takim tytułem wzbudza wi ksze zaufanie. Problem ten dostrzega S d Najwy szej, który stwierdza, e⁵⁸ „u ycie w nazwie stowarzyszenia słów »biegły s dowy« lub dopuszczenie w postanowieniach jego statutu, aby członek b d cy biegłym s dowym u ywał tego tytułu w działalno ci eksperckiej na zlecenie podmiotów spoza organów wymiaru sprawiedliwo ci i organów cigania, stanowi naruszenie przepisu § 14 rozporz dzenia Ministra Sprawiedliwo ci z dnia 8 czerwca 1987 r. w sprawie biegłych s dowych i tłumaczy przysię głych (Dz.U. Nr 18, poz. 112)”.

Nasuwa si teraz pytanie dotycz ce hierarchiczno ci w wykonywaniu opinii: czy biegły wpisany na list biegłych s dowych ma pierwszeństwo? czy je eli kto jest wpisany na list biegłych s dowych, to jest lepszy od tego, który nie jest i to tylko z takiego powodu? czy tylko to ma weryfikowa stan jego wiedzy i jego opinia b dzie lepsza, bo jest wpisany na list ?

Poszczególne s dy okr gowe maj ró ne listy i w jednych liczba biegłych s dowych jest wi ksza, w innych mniejsza, a mo e si zdarzy (i zdarza si !), e potrzebny biegły jest na li cie w innym okr gu⁵⁹. Co prawda informacje s z pewno ci nieaktualne, ale dosy jasno pokazuj , jakie mog by ró nice. Ponadto, jak łatwo si domy le , maj c 45 s dów okr gowych, mamy równocze nie 45 list biegłych s dowych, a jak wcze niej zostało napisane - biegły mo e by na kilku (wszystkich) listach. O wiele prostszym rozwi zaniem byłoby wykonanie centralnej listy biegłych s dowych, prowadzonej centralnie, a taki wła nie pomysł przedstawiło Ministerstwo Sprawiedliwo ci.

⁵⁷ Wyrok NSA z dnia 26 maja 1999 r., II SA 806/99, LEX nr 46721.

⁵⁸ G. Kopczy ski, *Konfrontacja biegłych*, *op. cit.*, s. 93.

⁵⁹ W. K. dzierski, *Biegli s dowi*, *op. cit.*, s. 177-187.

Biegły s dowy nie mo e odmówi wykonania opinii za wyj tkiem przypadków, o których mowa w art. 290 k.p.c. i art. 196 k.p.k. Co w przypadku, kiedy b dzie miał do wykonania tyle opinii, e nie b dzie miał czasu na ich realizacj i zostanie pozbawiony funkcji biegłego s - dowego? Biegły ma równie prawo oraz obowi zek odmówi wykonania z powodu braku odpowiednich kwalifikacji i aparatury technicznej⁶⁰. Biegły wyznaczony do opiniowania w ramach post powania cywilnego ma prawo do odmowy sporz dzenia opinii tylko w wyj tkowych wypadkach. Doktryna ogranicza je do długotrwałej choroby, długoterminowego wyjazdu oraz opracowania opinii w innej, skomplikowanej sprawie s dowej⁶¹.

Zawieszenie to nie to samo co pozbawienie funkcji wykonywania swojej pracy. O ile druga sytuacja ma powa ne konsekwencje (skre le nie z listy biegłych s dowych), to pierwsza (zawieszenie) nie ma ad nych za wyj tkiem zakazu posługiwania si tytułem „biegły s dowy”. W art. 287 k.p.c. kara grzywny (zgodnie z art. 163 § 1 k.p.c. do 5 tys. zł) za nieusprawiedliwione niestawiennictwo, za nieuzasadnion odmow zło enia przyrzeczenia lub opinii albo za nieusprawiedliwione opó nie nie zło enia opinii wymierza s d. Art. 88 k.p.a. przewiduje mo liwo nało enia grzywny do 50 zł wobec biegłego, który nie stawiał si bez uza sadnionej przyczyny albo bezzasadnie odmówił zło enia opinii. W razie ponownego niezastosowania si do wezwania - grzywna mo e si gn 200 zł. Tymczasem maksymalna kara porz dkowa przewidziana w post powaniu karnym za podobn niesubordynacj mo e wynie nawet 10 tys. zł (art. 287 § 1 w zw. 285 § 1 k.p.k.). W razie ponownego niesta wiennictwa s d jest uprawniony do zarz dzenia przymusowego dopro wadzenia biegłego (art. 274 § 1 w zw. z art. 289 k.p.c.). W post powaniu karnym taka sytuacja mo e nast pi jedynie w wyj tkowych wypadkach (art. 285 § 2 k.p.k.). Co wi cej, w art. 287 § 2 k.p.k. przewidziano mo - liwo aresztowania biegłego na okres do 30 dni w wypadkach uporczy - wego uchylania si od wykonania czynno ci.

Wa n spraw jest równie wysoko wynagrodzenia, które ustala s d lub inny organ, który go powołał. Podstaw obliczenia stawki stanowi ułamek kwoty bazowej dla osób, które zajmuj kierownicze sta nowiska pa stwowe. Z kolei stawka okre lana jest od stopnia opinii i wykształcenia biegłego. Jest ona liczona od ka dej rozpocz tej go dziny pracy. Wyj tkiem s specjalno ci, takie jak medycyna, geodezja czy kartografia, oraz opinie sporz dzane przez instytut naukowy lub

⁶⁰ S. Kalinowski, *Opinia biegłego w post powaniu karnym*, Warszawa 1972, s. 98.

⁶¹ *Kodeks post powania cywilnego. Komentarz*, red. T. Ereci ski, t. 1, Warszawa 2007, s. 620.

naukowo-badawczy. Można wyliczyć wynagrodzenie, które oblicza się według stawki godzinowej albo taryfy zryczałtowanej⁶². Stawka godzinowa może być również podwyższona o 50%, jeżeli sporządzona opinia jest wykonywana w skomplikowanych sprawach. W 2017 r. wysoko stawki wahała się od 23 zł za godzin pracy dla magistra do 70 zł dla biegłego z tytułem profesora. Z powodu niskich stawek za godzinę, jeżeli porównamy to do nakładu pracy, zdarza się, że na opinię trzeba czekać kilka miesięcy czy nawet lat.

Podsumowując kwestię biegłych, z jednej strony wystarczyłoby znówelizować odpowiednie artykuły w ustawach procesowych (zwłaszcza w kodeksie postępowania karnego oraz w kodeksie postępowania cywilnego), stworzyć ogólnokrajową listę biegłych sądowych z uwzględnieniem podziału na osoby fizyczne i na instytuty naukowe oraz specjalistyczne. Można wprowadzić biegłego zbiorowego albo wypis wszystkich biegłych, którzy występują w danej instytucji, a ponadto usprawnić w organach ścigania i wymiarze sprawiedliwości przepływ w skali całego kraju potencjalnych wykonawców ekspertyz, którzy dają rękopisami przeprowadzanych badań na odpowiednim poziomie, a w związku z tym posiadają aktualne certyfikaty lub akredytacje. Brak takiej informacji powoduje powoływanie biegłych o niskich kwalifikacjach. Ponadto należy doprecyzować pojęcie instytucji naukowych i specjalistycznych (kto jest uprawniony do wydawania takich opinii? czy posiada odpowiednie zaplecze naukowe, badawcze, kadrowe?). Osobnym problemem jest opiniowanie przez „instytucje specjalistyczne”, które póki nie okazują się jednoosobowymi firmami albo, co gorsza, są tylko po rednikami. Wątpliwą kwestią byłoby wprowadzenie odpowiedzialności dyscyplinarnej i zasady odpowiedzialności biegłych (kary nakładane na biegłych, tryb odwoławczy) czy dodanie biegłego do katalogu funkcjonariuszy publicznych (zwiększyłoby to ich ochronę, ale i obowiązki). Z drugiej strony można podjąć pracę nad takimi ustawami, ale tylko wtedy, jeżeli będzie ona kompleksowo regulowała status biegłego sądowego bez pominięcia wynagrodzenia biegłych sądowych. Również wątpliwą kwestią jest praktyka zwracania się do sędziów i prokuratorów (a być może także do obrońców i pełnomocników), aby kierować się do takich biegłych, do takich instytucji, które są nie tylko naukowymi z nazwy, ale spełniają

⁶² Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 kwietnia 2013 r. w sprawie określenia stawek wynagrodzenia biegłych, taryf zryczałtowanych oraz sposobu dokumentowania wydatków niezbędnych dla wydania opinii w postępowaniu karnym (tekst pierw.: Dz.U. z 2013 r. poz. 508, tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r. poz. 2049); w pierwotnej wersji stawki obowiązującej od 2013 r., w tekście jednolitym stawki obowiązują obecnie.

oczekiwane kryteria, a nie tylko s tanie i szybko sporz dz opini . Dlatego wa ne jest wprowadzenie nowych zmian finansowania biegłego, które pozwol ukształtowa wynagrodzenia biegłych i instytutów specjalistycznych na poziomie, który zach ci najlepszych specjalistów do wyst powania w charakterze biegłych.

Na koniec warto zacytowa dawnych mistrzów, którzy pisali, czym powinien kierowa si biegły, wykonuj c opini :

W dawaniu i wyra eniu swego zdania [...] nast puj cymi rz dzi si powinien prawidłami: naprzód, aby si nie spieszył za zdaniem swoim [...] podług zasad powinien by w stanie wytłumaczenia si z wszystkiego, dlaczego tak, a nie inaczej utrzymuje [...], a zatem nale y w opinii domieszcza adnych domysłów, chocia by najwi cej podobie stwa do prawdy, mógł ze sob mie ów domysł [...] w dawaniu opinii nie nale y zapuszcza si do innych przedmiotów, ale ograniczy si do tych, które zmysłami wy ledzone by mog . [...] [Ponadto] w wypadkach w tliwych, najlepiej post pi, kiedy szczerze wyzna w tliwo swoj w wyra eniu zdania, ani eli stał si powodem do ukarania niewinnego⁶³.

⁶³ J.P. Brinckmann, *Wykaz prawideł podług których przy s dowych obdukcjach medycy lub chirurgowie dokładne, tak zwane visa reperta spisywa i sporz dza mog* , tłum. S. Girtler, Kraków 2007, s. 32, 35.

Beata Molo

Die deutsche Energieversorgung im europäischen Vergleich - einige Aspekte

Einleitung

Die Entscheidungen zur Energiewende und der Atomausstieg bis zum Jahr 2022 stellen sich als markantes Erkennungsmerkmal deutscher Energiepolitik im 21. Jahrhundert dar. Allerdings wichtige Änderungen im Politikfeld Energie, insbesondere in Bezug auf das Ziel, die Energieversorgung zu gewährleisten, die Deutschland unter sonstigen EU-Ländern auszeichnen, wurden mit der Bildung der Koalitionsregierung SPD/Bündnis'90/die Grünen 1998 initiiert. Damals wurde der Schwerpunkt der Energiepolitik auf die Entwicklung erneuerbarer Energien, welche entsprechendes Gesetz sicherstellen sollte (d.h. Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien, Erneuerbare-Energien-Gesetz, EEG, vom 29. März 2000, später mehrmals novelliert) sowie auf den Verzicht auf die Nutzung der Kernenergie bis 2022 gelegt. Wenn auch folgende Regierungskoalitionen die Maßnahmen zur Entwicklung erneuerbarer Energien fortsetzten, sind in Bezug auf die Nutzung der Kernenergie weitgehende Modifikationen aufgetreten. Die Katastrophe im japanischen Kernkraftwerk Fukushima Daiichi im März 2011 hat die Änderung der Stellungnahme der Regierungskoalition CDU/CSU/FDP zum Betrieb der Kernkraftwerke zur Folge: es wurde über deren Stilllegung bis 2022 entschieden.

Das Ziel des Beitrages ist, die Frage der Energieversorgung Deutschlands im Vergleich zu der allgemeinen Situation in der Europäischen Union und der Mitgliedstaaten darzustellen. Die Ausarbeitung umfasst grundlegende Angaben der Energiebilanz der EU und der Mitgliedstaaten, insbesondere Deutschlands, sowie differente Stellungnahmen der Mitgliedstaaten zur Rolle der Kernenergie und der Erneuerbaren Energien in der Energieversorgung, mit Berücksichtigung einiger Vorschläge und Maßnahmen der Europäischen Kommission.

Energiebilanz Deutschlands im europäischen Vergleich - grundlegende Angaben

Der Energiebedarf in der Europäischen Union wird zu 34,4% mit Erdöl, zu 21,4% mit Erdgas und zu 16,7% mit festen Brennstoffen gedeckt. Der Anteil der Kernenergie an dem Primärenergieverbrauch beträgt 14,1%, und der erneuerbaren Energien - 12,5%. Im Verhältnis zu den Angaben aus dem Jahre 1990 kann ein wesentlicher Anstieg des Anteils der erneuerbaren Energien (1990: 4,3%, 2000: 5,7%, 2014: 12,5%) und des Erdgases (1990: 17,9%, 2000: 22,9%, 2014: 21,4%), sowie ein Rückgang des Anteils von festen Brennstoffen (1990: 27,3%, 2000: 18,6%, 2014: 16,7%) am Energiemix beobachtet werden¹.

Wesentliche Differenzen sind am Energiebedarf in einzelnen EU-Mitgliedstaaten erkennbar. Die Struktur des Primärenergieverbrauchs hängt vom Zugang zu den Energierohstoffen, von der Struktur der nationalen Wirtschaften sowie von dem Energiesystem ab. Nur in drei EU-Mitgliedstaaten liegt der Anteil fossiler Brennstoffe am Energieverbrauch unter 50%. Das sind Schweden (31,1%), Frankreich (47,3%) und Finnland (48,6%).

Bei der Analyse der Angaben über die Primärenergieproduktion in der Europäischen Union im Jahr 2014 ist ein hoher Anteil der Kernenergie und der erneuerbaren Energien zu verzeichnen, entsprechend 29,3% und 25,4%. Der Anteil fester Brennstoffe betrug 19,4%, des Erdgases 15,2%, und des Erdöls 9,1%. In den Jahren 2004-2014 kann ein negativer Trend bei der Primärenergieproduktion in Bezug auf fossile Brennstoffe (-25,5%) und der Kernenergie (-13,1%) wahrgenommen werden. Die Erdölproduktion ist um 52% (2005: 119,4 Mtoe; 2014: 64,6 Mtoe), und die Erdgasproduktion um 42,9% (2005: 190,7 Mtoe; 2014: 117 Mtoe) zurückgegangen. Im Falle erneuerbaren Energien ist die Produktion um 73,1% angestiegen². 2014 waren Frankreich (17,6% der Gesamtproduktion), Deutschland (15,6%) und Großbritannien (14%) die größten Primärenergieproduzenten in der EU³.

In Hinsicht auf die in der Struktur der Primärenergieproduktion auftretenden Differenzen können die EU-Mitgliedstaaten folgenderweise eingeteilt werden:

¹ *Energy, Transport and Environment Indicators, 2016 Edition*, Eurostat, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2016, S. 52.

² *Energy, Transport and Environment Indicators...*, *op. cit.*, S. 52.

³ Ebenda, S. 55.

- Staaten mit dem bedeutenden Anteil fester Brennstoffe: Polen (80,2%), Griechenland (72,5%), Tschechien (58%) und Bulgarien (45,3%);
- Staaten mit hohem Erdölanteil: Dänemark (51,2%) und Großbritannien (35,6%);
- Staaten mit hohem Anteil von Erdgas: Holland (85,8%), Kroatien (33,2%), Rumänien (33%), Großbritannien (30,6%);
- Staaten mit dem bedeutenden Anteil der Kernenergie: Frankreich (82,8%), Belgien (71,2%), Slowakei (64,1%), Schweden (49%), Slowenien (44,6%), Spanien (42,3%) und Ungarn (40,3%);
- Staaten mit hohem Anteil erneuerbarer Energien: Malta (100%), Lettland (99,6%), Portugal (97,6%), Zypern (94,2%), Litauen (91,3%), Luxemburg (78,8%) und Österreich (77,6%)⁴.

Eine führende Rolle für die Energieversorgung der Europäischen Union spielen nicht erneuerbare Energien. Im Jahr 2014 stammten 73,3% der Energie aus den fossilen Brennstoffen. Der Wandel der Energiebilanz der EU wird auch mittelfristig nicht durchführbar sein. Zu erwarten ist, dass die Dominanz von fossilen Brennstoffen in den nächsten Dekaden fortbestehen wird (auch wenn deren Anteil an der Energiebilanz stufenweise zurückgehen wird).

Es ist jedoch nicht außer Acht zu lassen, dass sich die Energiebilanz der EU ändert. Für diesen Prozess sind folgende Tendenzen charakteristisch:

- Rückgang des Verbrauchs fester Brennstoffe, was sich aus der Entscheidung der Mitgliedstaaten ergab, dass die Kohlekraftwerke durch Erdgaskraftwerke ersetzt werden sollen;
 - der Anteil von Erdöl hat sich in der Bilanz geändert, obwohl dessen Anteil am Energiemix in den letzten Jahren auf dem festen Niveau bleibt. Es ist jedoch mit dem Rückgang der Bedeutung dieses Brennstoffs und mit dem dessen Ersetzen durch andere Energieträger zu rechnen;
 - der Anstieg des Erdgasbedarfs wird durch die Klimapolitik der EU gefördert, deren Ziel ist, die Treibhausgasemissionen zu reduzieren.
- Neben dem Frankreich (248,5 Mtoe), Großbritannien (189,3 Mtoe), Italien (151 Mtoe) und Spanien (116,7 Mtoe) gehört Deutschland (313 Mtoe) zu den größten Energieverbraucher in der EU. Der wichtigste Energieträger in Deutschland - ähnlich wie in vielen EU-Mitgliedstaaten - bleibt Erdöl (2014: 35%) (vgl. Tabelle 1.). Eine wichtige Rolle im Energiemix spielen Steinkohle und Braunkohle (Anteil

⁴ Ebenda, S. 40.

von über 20%), wobei die Braunkohle in Deutschland gewinnt und die Steinkohle hauptsächlich importiert wird. Nicht ohne Bedeutung ist Erdgas (2014: 20,5%), das vor allem zum Heizen und für die Stromerzeugung genutzt wird. Erwähnenswert ist auch der wesentliche Anteil erneuerbarer Energien am Energiemix (2014: 11,1%) und der Rückgang des Anteils der Kernenergie (2014: 8,1%)⁵.

Tabelle 1. Primärenergiegewinnung und -verbrauch in Deutschland (2010 und 2014)

Energieträger	2010		2014	
	Anteile in % verbrauch	Gewinnung	Anteile in % verbrauch	Gewinnung
Steinkohle	12,0	9,5	12,6	5,9
Braunkohle	10,7	37,9	12,0	41,7
Mineralöl	33,2	2,7	35,0	2,7
Erdgas	22,2	10,0	20,5	8,3
Kernenergie	10,9	-	8,1	-
Erneuerbare Energien	9,7	33,7	11,1	37,4
Stromausgleichsbeitrag	-0,5	-	-1,0	-
Sonstige	1,8	6,2	1,7	4,0

Quelle: *Energieverbrauch in Deutschland im Jahr 2010*, Arbeitsgemeinschaft Energiebilanzen e. V., Berlin 2011, S. 4, 10; *Energieverbrauch in Deutschland im Jahr 2014...*, *op. cit.*, S. 4, 12.

Die Energiegewinnung in Deutschland stützt sich vor allem auf die Braunkohle und auf erneuerbare Energien mit folgendem Anteil - 41,7% i 37,4% (2014). Der Anteil sonstiger fossiler Brennstoffe sah folgenderweise aus: Steinkohle 5,9%, Mineralöl 2,7%, Erdgas 8,3%. 2014 betrug der Anteil eigener Energiequellen an dem gesamten Verbrauch der Primärenergie 29,7%⁶. Dem obigen Anstieg lag größtenteils die Entwicklung erneuerbaren Energien zugrunde, was sich aus der Suche nach Alternativen für fossile Brennstoffe und Kernenergie sowie aus den Verpflichtungen zur Absenkung der Treibhausgasemission ergibt.

Wie oben erwähnt, bleiben fossile Brennstoffe, insbesondere Erdgas und Erdöl die wichtigsten Energieträger in der EU. Die einheimische Produktion der EU kann den Bedarf an diesen Rohstoffen nicht

⁵ *Energieverbrauch in Deutschland im Jahr 2014*, Arbeitsgemeinschaft Energiebilanzen e. V., Berlin 2015.

⁶ Ebenda, S. 12.

decken, deswegen ist es notwendig, diese zu importieren. Die wichtigsten Lieferländer bleiben Russland und Norwegen, auf die über 60% von importiertem Erdgas (andere Lieferländer sind u.a. Algerien, Katar, Libyen und Nigeria) und über 40% von importiertem Erdöl (andere bedeutende Lieferländer sind Nigeria, Saudi-Arabien, Kasachstan, Irak, Aserbaidshan, Algerien) fallen. Bei dem Import von Steinkohle auf den EU-Markt dominieren Russland, Kolumbien und USA (sonstige wichtige Lieferländer sind RSA, Australien und Indonesien)⁷.

An dieser Stelle ist auch zu erwähnen, dass die größten Importeure der Primärenergie in der EU Deutschland, Italien, Frankreich und Großbritannien sind. Wenn man beispielsweise die Angaben über die Erdgaslieferungen aus Russland in die EU-Mitgliedstaaten analysiert, ist im allgemeinen festzustellen, dass der Grad der Abhängigkeit neuer Mitgliedstaaten von den Lieferungen des russischen Erdgases mehrfach höher als der der Länder der sog. Fünfzehn ist. Durchschnittlich führen sie aus Russland über 70% ihres jährlichen Erdgasverbrauchs. Wenn man hingegen die geografische Herkunft des Erdöls unter den EU-Mitgliedstaaten berücksichtigt, kann man sowohl Länder unterscheiden, die eine differenzierte Importstruktur haben, wie: Frankreich, Österreich, Belgien und teilweise Deutschland, als auch Länder, in denen Russland der Monopolist bleibt wie z.B. Polen. Zu den Staaten, die Erdgas sowohl aus Russland als auch aus den OPEC-Ländern importieren, gehören hingegen Italien, Spanien und Griechenland.

Der Grad der Abhängigkeit der EU vom Import der Energierohstoffe betrug 2014 insgesamt 53,5%, und im Falle des Erdöls, Erdgases und fester Brennstoffe entsprechend - 87,4%, 67,4% und 45,6%. Den niedrigsten Grad der Abhängigkeit vom Import hatten Dänemark (12,8%), Estland (8,9%), Rumänien (17%), Polen (28,6%) und Tschechien (30,4%), und den höchsten - Malta (97,7%), Luxemburg (96,6%) und Zypern (93,4%)⁸.

Bei der Analyse der Abhängigkeit einzelner EU-Mitgliedstaaten vom Erdgasimport hingegen können sowohl Länder unterschieden werden, die zu 100% abhängig sind: Belgien, Estland, Spanien, Frankreich, Litauen, Portugal und Slowakei, wie auch Länder, die Nettoexporteure von Rohstoffen sind: Dänemark (-46,4%) und Holland (-73,1%). Im Falle des Erdöls ist nur Dänemark unabhängig. Die geringste Abhängigkeit vom Import dieses Rohstoffs weisen Großbritannien (42,2%),

Energy, Transport and Environment Indicators., op. cit., S. 44.

Ebenda, S. 46.

Rumänien (53,2%) und Estland (51,5%) aus. Die restlichen EU-Mitgliedstaaten sind in großem Maße vom Import abhängig, zu 80-100%. Und zu 100% waren Belgien, Dänemark, Zypern, Luxemburg, Holland, Österreich vom Import fester Brennstoffe abhängig⁹.

Heimische Gewinnung von fossilen Brennstoffen deckt den Bedarf an Primärenergie nicht, deswegen ist Deutschland von den Lieferungen aus dem Ausland abhängig. Die Importabhängigkeit betrug 2014 61,6% und lag unter dem EU-Mittelwert. Untergliedert in einzelne Energieträger sah sie folgenderweise aus: Erdgas 89,8%, Erdöl 95,2%, feste Brennstoffe 44,8%. Der Import von Erdgas ist durch Konzentration auf regionale Versorgungsquellen gekennzeichnet. Zu den führenden Lieferländern gehören Russland (40%), Holland (29%) und Norwegen (21%). Trotz starker Importabhängigkeit des Erdgases aus dem Ausland sieht Deutschland die Lieferungen dieses Rohstoffs als langfristig sichergestellt. Der Import von Erdöl wird diversifiziert, wobei ca. 60% des deutschen Imports des Rohstoffs drei größte Lieferländer decken: Russland, Norwegen und Großbritannien. Ca. 2/3 des deutschen Bedarfs an Steinkohle wird mit den Lieferungen aus dem Ausland gedeckt. Die Hauptlieferländer sind: Russland, USA, Kolumbien, Polen, Australien und Republik Südafrika¹⁰.

Ein integraler Bestandteil des Energiemix der EU ist Kernenergie. Sie wird in 14 Mitgliedstaaten genutzt: Belgien, Bulgarien, Tschechien, Deutschland, Spanien, Frankreich, Ungarn, Holland, Rumänien, Slowakei, Slowenien, Finnland, Schweden und Großbritannien (vgl. Tabelle 2.). 2015 waren in den EU-Mitgliedstaaten 128 Kernreaktoren im Einsatz (ca. 1/3 aller Kernblöcke in der Welt) mit der Gesamtleistung von 120 GW. Die Europäische Union importiert Uran, weil der lokale Abbau (Tschechien) ca. 1,5% des Bedarfs deckt. 2016 gehörten zu den wichtigsten Lieferländern: Niger (22%), Kanada (20,6%), Russland (19,3%), Kasachstan (15,8%), Australien (13,2%) und Namibia (3,5%)¹¹.

Bei Deutschland, das auch vom Import des Urans abhängig ist, sind anhand langjähriger Verträge die Produzenten aus Frankreich, Großbritannien, USA und Kanada Hauptlieferländer dieses Rohstoffs. Der Bedarf Deutschlands an Uran lag bei ca. 2000 Tonnen pro Jahr.

⁹ Ebenda.

¹⁰ *Energieverbrauch in Deutschland im Jahr 2014...*, op. cit., S. 15, 19, 24.

¹¹ *Euratom Supply Agency Annual Report 2016*, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2017, S. 30.

Tabelle 2. Kernkraftwerke in der EU (Reaktorblöcke in 2011 und 2015)

	Anzahl (im Bau)	Nettoleistung in MW	Anzahl (im Bau)	Anteil an Stromerzeugung (%)
	2015		2011	
Frankreich	58 (1)	63 130	58 (1)	77,7
Großbritannien	15	8883	18	17,8
Schweden	9	8849	10	40,0
Deutschland	8	10 728	9	17,8
Spanien	7	7002	8	19,5
Belgien	7	5943	7	54,0
Tschechische Republik	6	3940	6	33,0
Finnland	4 (1)	2741	4 (1)	31,6
Slowakei	4 (2)	1816	4 (2)	54,0
Ungarn	4	1889	4	43,2
Bulgarien	2	1926	2 (2)	32,6
Rumänien	2	1310	2	19,0
Niederlande	1	485	1	3,6
Slowenien	1	696	1	41,7

Quelle: *Euratom Supply Agency Annual Report 2011*, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2012, S. 9; *Euratom Supply Agency Annual Report 2015*, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2016, S. 10.

Ein zusätzlicher Faktor, der sich auf die Energiebilanz der EU auswirkt, ist die Struktur der Stromerzeugung. Indirekt beeinflusst sie den Import einzelner Energieträger. Die EU nutzt in großem Maße drei Energiequellen: feste Brennstoffe, Erdgas und Kernenergie. Die Stromerzeugung beeinflusst somit die Energiesicherheit, insbesondere wenn sie von importierten Energieträgern abhängig ist. Der Anteil einzelner Energieträger an der Stromerzeugung netto in der EU sah 2014 folgenderweise aus: Kernenergie 26,8%, fossile Brennstoffe 49,8%, erneuerbare Energien 23,3%, darunter: Wasserkraft 12,8%, Windenergie 7,5%, Solarenergie 2,7%, Geothermie 0,2%, sonstige 0,1%)¹². Die Unterschiede treten auf der Ebene einzelner Mitgliedstaaten auf. Wenn man der Anteil einzelner Energieträger am Strommix berücksichtigt, können die EU-Mitgliedstaaten in folgende Gruppen untergliedert werden:

- Staaten mit bedeutendem Anteil der Kernenergie an der Stromerzeugung: Frankreich, Slowakei, Belgien, Ungarn, Schweden, Bulgarien, Slowenien und Finnland;

¹² *Energy, Transport and Environment Indicators...*, op. cit., S. 85.

- Staaten, in denen feste Brennstoffe dominieren: Estland, Polen (80-90%);
- Staaten mit bedeutendem Anteil von Erdöl: Malta und Zypern (über 90%);
- Staaten mit hohem Erdgasanteil: Holland, Luxemburg, Litauen, Lettland, Italien, Irland (zwischen 58-38%);
- Staaten mit hohem Anteil Erneuerbarer Energien: Österreich, Kroatien, Portugal, Lettland, Schweden, Luxemburg, Dänemark, Litauen, Finnland, Italien, Rumänien, Spanien, Slowenien (zwischen 30% und 70%)¹³.

In Deutschland spielen Braun- und Steinkohle - mit dem Gesamtanteil von über 40% - die wichtigste Rolle für die Stromerzeugung. Der Anteil der Kernenergie betrug hingegen 2014 15,5%, des Erdgases und erneuerbarer Energien entsprechend - 9,7% und 25,9%. Zum Vergleich sah 2011 der Anteil einzelner Energieträger an der Stromerzeugung folgenderweise aus: Braunkohle 24,9%, erneuerbare Energien 19,9%, Steinkohle 18,6%, Kernenergie 17,6% (Rückgang im Vergleich zum Jahr 2010, dem die Stilllegung von sieben ältesten Reaktoren zugrunde lag (Biblis A, Brunsbüttel, Neckarwestheim 1, Biblis B, Isar 1, Esenshamm, Philippsburg 1) und des Kernkraftwerks Krümmel, das sich im Stillstandsbetrieb befand, nachdem die Novellierung des Atomgesetzes im Jahre 2011 in Kraft getreten ist), Erdgas 13,7% und Mineralöl 1,1%¹⁴.

In der EU wird ein systematischer Anstieg des Anteils erneuerbarer Energien an der Stromerzeugung wahrgenommen. 2014 belief er sich auf 28% und war um 4,9% gegenüber dem Jahr 2013 höher, wobei zwischen 1990 und 2014 ist dieser Anteil um 191% angestiegen. Der größte Anteil von Strom aus erneuerbaren Quellen im Stromverbrauch (UE-28: 27,5%) wurde in folgenden Mitgliedstaaten verzeichnet: Dänemark (48,5%), Spanien (37,8%), Kroatien (45,3%), Italien (33,4%), Lettland (51,1%), Österreich (70%), Portugal (52,1%), Rumänien (41,7%), Slowenien (33,9%), Finnland (31,4%) und Schweden (63,3%); am wenigsten waren Zypern (7,4%), Luxemburg (5,9%), Ungarn (7,3%), Malta (3,3%) und Holland (10%) beteiligt.

Seit 2003 ist in der EU jedes Jahr ein Anstieg der aus den erneuerbaren Energien gewonnene Energiemenge gegenüber dem Vorjahr zu beobachten. Der Anteil erneuerbarer Energien an der Primärenergie

¹³ *Overview of Electricity Production and Use in Europe*, European Environment Agency, vgl. www.eea.europa.eu [Abgerufen am: 20.08.2017].

¹⁴ *Energieverbrauch in Deutschland im Jahre 2011*, Arbeitsgemeinschaft Energiebielenzen e. V., Berlin 2012, S. 26.

betrug 2014 insgesamt 25,4 % und war um 1,6% höher gegenüber dem Jahr 2013. Wenn wir das mit den letzten fünf Jahren vergleichen, ist der Anstieg der Produktion um 29% höher. Zwischen 1990 und 2014 ist sie um 174% angestiegen. Seit einigen Jahren wird in der EU ein erhöhter Anteil erneuerbarer Energien im Endenergieverbrauch wahrgenommen: 2014 belief er sich auf 16%. Die EU-Mitgliedstaaten mit dem höchsten Anteil erneuerbarer Energien am Endenergieverbrauch sind: Kroatien, Litauen, Rumänien, Schweden, Bulgarien, Finnland, Estland, Tschechien, Lettland, Portugal, Slowenien, Dänemark und Österreich (vgl. Tabelle 3.). Zu den Staaten mit dem geringsten Anteil erneuerbarer Energien am Endenergieverbrauch gehören: Großbritannien (7%), Holland (5,5%), Belgien (9,5%), Irland (8,6%), Zypern (9%), Luxemburg (4,5%) und Malta (4,7%).

Tabelle 3. Anteil der Erneuerbaren Energien am Endenergieverbrauch in der EU (in %)

	2006	2014	2020		2006	2014	2020
EU	9,5	16,0	20	Litauen	17,0	23,9	23
Belgien	2,7	8,0	13	Luxemburg	1,5	4,5	11
Bulgarien	9,6	18,0	16	Ungarn	5,1	9,5	13
Tschechische Republik	6,4	13,4	13	Malta	0,2	4,7	10
Dänemark	16,4	29,2	30	Niederlande	2,8	5,5	14
Deutschland	7,7	13,8	18	Österreich	25,3	33,1	34
Estland	16,1	26,5	25	Polen	6,9	11,4	15
Irland	3,1	8,6	16	Portugal	20,8	27,0	31
Griechenland	7,2	15,3	18	Rumänien	17,1	24,9	24
Spanien	9,2	16,2	20	Slowenien	15,6	21,9	25
Frankreich	9,3	14,3	23	Slowakei	6,6	11,6	14
Italien	8,4	17,1	17	Finnland	30,0	38,7	38
Zypern	3,3	9,0	13	Schweden	42,7	52,6	49
Lettland	31,1	38,7	40	Großbritannien	1,6	7,0	15
Kroatien	-	27,9	20				

Quelle: *Energy, Transport and Environment Indicators.*, op. cit., S. 72.

Der Ausbau Erneuerbarer Energien in Deutschland soll zu der Erhöhung der Energieversorgungssicherheit beitragen. Die erneuerbaren Energien bilden einen immer wichtigeren Bestandteil der Energiebilanz Deutschlands. Ihr Anteil am Primärenergieverbrauch ist systematisch seit 1990 angestiegen, und betrug 2014 11,5%. In der Anteilsstruktur

erneuerbarer Energien am Primärenergieverbrauch dominiert Biomasse mit dem Anteil von 51%, der Anteil der Solarenergie beträgt 10%, und der Windenergie - 14%¹⁵. Seit 1990 wurde ein regelhafter Anstieg erneuerbarer Energien am Endenergieverbrauch verzeichnet, wobei er am Stromverbrauch nach 2010 wesentlich anzusteigen begann. 2014 betrug Anteil der erneuerbaren Energien am Endenergieverbrauch brutto 13,7%, und in den Sektoren Strom, Wärme und Verkehr entsprechend - 27,5%, 12,9% i 5,6%¹⁶.

Kernenergie und erneuerbare Energien in der Energiepolitik und -versorgung der EU und Deutschlands

Zu Beginn ist erwähnenswert, dass für die Gestaltung des Energiemix (Nutzung differenter Energiequellen und -technologien) immer noch die EU-Mitgliedstaaten zuständig sind. Es ist somit nicht zu erwarten, dass einzelne Staaten auf diese Zuständigkeit zugunsten der EU-Institutionen verzichten. Mehr noch, die Mitgliedstaaten präsentieren diverse Stellungnahmen zu der Nutzung einzelner Energieträger in Zukunft, was sich sowohl aus deren Energiesituation als auch aus bestimmten Konzepten für Energiepolitik ergibt. Als Beispiel kann hier fehlende Einstimmigkeit unter den EU-Mitgliedstaaten über die Nutzung der Kernenergie dienen. Für Großbritannien, Finnland, Ungarn, Slowenien, Slowakei und Schweden ist Kernenergie ein wichtiger Bestandteil ihrer nationalen Energiemixe. Einige Länder erhöhen die Anzahl der Reaktoren (im Bau: Finnland 1, Slowakei 2, Frankreich 1) bzw. planen, zur Nutzung der Kernenergie zurückzukommen (Litauen), oder aber haben Pläne über die Nutzung der Kernenergie (Estland, Lettland und Polen). Andere hingegen - wie Deutschland oder Belgien - haben beschlossen, auf den Betrieb der Kernkraftwerke mittelfristig zu verzichten. Spanien und Slowenien wollen keine Kernkraftwerke bauen. Dänemark, Österreich, Irland, Zypern, Malta, Luxemburg, Portugal, Estland, Griechenland, Lettland und Italien haben keine Kernkraftwerke und planen keine Entwicklung der Kernenergie.

Von der Kernenergie nach der AKW-Katastrophe in Fukushima Daiichi ist Deutschland zurückgezogen und früher: 1990 Italien und

¹⁵ *Energieverbrauch in Deutschland im Jahr 2014...*, op. cit., S. 40.

¹⁶ *Zeitreihen zur Entwicklung der erneuerbaren Energien in Deutschland unter Verwendung von Daten der Arbeitsgruppe Erneuerbare Energien-Statistik (AGEE-Stat)*, Stand: Dezember 2017, Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, vgl. www.erneuerbare-energien.de, S. 5 [Abgerufen am: 20.08.2017].

2008 Litauen. Ferner hat man als Reaktion auf die Katastrophe in Japan einen Kernreaktor in Großbritannien außer Betrieb gesetzt und am Anfang des Jahres 2012 wurden weitere zwei Kernreaktoren abgestellt.

Es ist jedoch nicht zu erwarten, dass die EU-Mitgliedstaaten Deutschland zum Vorbild nehmen und auf den Betrieb der Kernkraftwerke verzichten. In Belgien hat zwar die Regierung Anfang Dezember 2011 über die Stilllegung von zwei letzten Kernkraftwerken beschlossen, aber der Plan des kompletten Atomausstiegs bis 2025 ist von einer Alternative für die auf diese Art und Weise erzeugte Energie abhängig, damit man dem Strommangel vorbeugen kann. In Bulgarien hingegen wurde im März 2012 auf den Bau zweier Reaktoren in Belene verzichtet, der seit 1985 geplant war. Sie sollten die im Kernkraftwerk Kosloduj verlorene Leistung ersetzen, dessen vier (von sechs) Reaktoren vor dem Beitritt Bulgariens der EU außer Betrieb gesetzt wurden, was eine der Voraussetzungen für die EU-Mitgliedschaft war. Der Ministerpräsident Bojko Borysow fand das Projekt Belene unwirtschaftlich und hat es zuerst 2010 eingefroren und dann 2012 annulliert. In Frankreich wurde mehrmals in den letzten Jahren die Reduzierung des Anteils der Kernenergie an der Energieverbrauchsstruktur angekündigt, und zwar bis 2025 bis 50% und die Stilllegung der ältesten Kernblöcke (Fessenheim-1 i -2)¹⁷.

Ungarn hingegen versucht, seit 2014 sein Kernkraftwerk in Paks um zwei Reaktoren auszubauen. Die Erhöhung der Anzahl der Kernreaktoren in dem Kraftwerk auf sechs soll dem Ungarn die Energiesicherheit gewährleisten. Die Europäische Kommission hatte viele Einwendungen gegen administrative und organisatorische Aspekte des Ausbaus des Kernkraftwerks. Letztendlich hat sie aber am 6. März 2017 festgestellt, die ungarische Investition stelle eine Form der öffentlichen Beihilfen dar. Sie sei nicht ganz illegal, es müssten aber zusätzliche Bedingungen erfüllt werden, damit sie mit den EU-Vorschriften über die Vorbeugung der Verzerrungen des freien Markts übereinstimmt. Der Beschluss der Europäischen Kommission ermöglicht die Fortsetzung der Arbeiten (beide Reaktoren sollen bis 2026 betrieben werden).

In den letzten Jahren hat Deutschland seine Bemühungen verstärkt, mehr Einfluss auf den Betrieb von Kernkraftwerken in den benachbarten Ländern zu haben. Ein Beispiel dafür ist ein Treffen am 1. Februar 2016 von der Bundesumweltministerin Barbara Hendricks mit dem belgischen Vizepremierminister und dem für Reaktorsicherheit zuständigen Innenminister Jan Jambon und der dortigen Umweltministerin

¹⁷ M. Schneider, A. Froggatt, *The World Nuclear Industry Status Report 2012*, Paris-London 2012, S. 68-85.

Marie-Christine Marghem. Im Mittelpunkt der Gespräche standen die Laufzeitverlängerung für die belgischen Atomkraftwerke Doel und Tihange und die Wiederinbetriebnahme der Reaktoren Tihange 2 und Doel 3. Während der Sitzung wurde die Stärkung der Zusammenarbeit vereinbart sowie über die Bildung einer deutsch-belgischen Arbeitsgruppe für die Reaktorsicherheit beschlossen. Darüber hinaus hat Deutschland vorgeschlagen, dass die Beschlüsse über die Verlängerung des Reaktorbetriebs der Gegenstand der Beurteilung von Umweltauswirkungen sind, an der Drittländer teilnehmen sollen¹⁸. Diese Prozedur findet nur bei der Abwicklung neuer Investitionen statt. Ein anderes Beispiel ist der deutsch-französische Streit über das Kraftwerk Fessenheim, das an der Grenze beider Länder liegt. Die Stilllegung des Kraftwerks steht seit Jahren auf der Agenda der bilateralen Treffen auf verschiedenen Ebenen. Obwohl Deutschland die Stilllegung des Kraftwerks forderte, hat Frankreich die Fristen dessen Abschaltung vorgeschoben.

Die EU-Mitgliedstaaten entscheiden über die Nutzung bzw. Nichtnutzung der Kernenergie. Auf der EU-Ebene werden jedoch immer mehr Maßnahmen getroffen, um die Normen der für die kerntechnische Sicherheit zu verbessern und ein sicheres Umgehen mit den radioaktiven Abfällen und deren sichere Beseitigung zu gewährleisten.

An dieser Stelle ist zu erwähnen, dass die Ansätze der EU-Energiestrategie, die von dem EU-Kommissar für Energie Günther Oettinger Ende 2011 dargestellt wurden, im Widerspruch zu den Ansätzen der Regierung Deutschlands stehen, die über den Verzicht auf weitere Nutzung der Kernenergie nach 2022 beschlossen hat. Oettinger war zwar Schützling der Kanzlerin Merkel, diese konnte ihn aber nicht immer für die Suche nach der Unterstützung der Energiestrategie Deutschlands wirksam nutzen, und die Europäische Kommission betont die Rolle der Kernenergie für die Energieversorgungssicherheit und im Prozess der Reduzierung von CO₂-Emission. Davon zeugen u.a. die Ansätze in der durch die Europäische Kommission veröffentlichten Mitteilung vom 15. Dezember 2011 „Energiefahrplan 2050“, in der Folgendes festgestellt wurde: „Die Kernenergie wird benötigt, um einen erheblichen Beitrag zum Umbau des Energiesystems in den Mitgliedstaaten zu leisten, in denen diese verwendet wird. Sie bleibt weiterhin eine zentrale Energiequelle für die CO₂-arme Stromerzeugung“¹⁹. Das bedeutet, dass

¹⁸ Berlin und Brüssel wollen Zusammenarbeit bei Fragen der nuklearen Sicherheit vertiefen, „Pressemitteilung“ 01.02.2016, Nr 021/16, vgl. www.bmub.bund.de [Abgerufen am: 20.08.2017].

¹⁹ Europäische Kommission, *Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss*

im Prozess der Reduzierung von CO₂-Emission durch die EU die Kernenergie eine gleichermaßen wichtige Rolle spielen wird wie die erneuerbaren Energien. In dem betreffenden Dokument wurde auch angekündigt, dass die Europäische Kommission weiterhin die Maßnahmen zum Schutz der Kernenergieanlagen unterstützen wird, indem sie gleiche Bedingungen für die Investitionen in den Mitgliedstaaten bildet und die Absicht hat, Kernenergie im Energiemix beizubehalten.

Der Ausfall des Kernkraftwerks in Fukushima Daiichi hat wiederum auf die enorme Bedeutung der Kernenergiesicherheit in der EU aufmerksam gemacht. Anhand des Mandats, erteilt durch den Europäischen Rat in der Sitzung am 24-25. März 2011, hat die Europäische Kommission zusammen mit der Europäischen Gruppe der Regulierungsbehörden für nukleare Sicherheit (ENSREG) angefangen, in der ganzen EU das Risiko und die Sicherheit der Kernkraftwerke umfassend zu bewerten („Stresstests“). An diesem Bewertungsverfahren haben alle 14 EU-Mitgliedstaaten teilgenommen, welche Kernkraftwerke betreiben. Im Oktober 2012 hat die Europäische Kommission eine Mitteilung über die Ergebnisse der „Stresstests“ veröffentlicht, in der die europäischen Sicherheitsnormen positiv bewertet wurden. Sie hat aber auf den Bedarf an weiteren Optimierungen hingewiesen, damit eine größere Kohärenz der Normen unter den Mitgliedstaaten sowie deren Annäherung der besten internationalen Praxis erreicht werden kann²⁰.

In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass die Regierung Deutschlands die Verschärfung der Kriterien zur Sicherheit der Kernkraftwerke in der EU durchsetzen wollte, indem Stresstests der Reaktoren durchgeführt werden sollten, deren negative Ergebnisse den Anstieg der Kosten des Baus der neuen bzw. die Stilllegung alter Reaktoren zur Folge haben können. Dies hätte zum Ziel, die Kontrolle über die geführten nationalen nuklearen Programme zu erhöhen. Die Entwicklung der Kernenergie in der EU ist für den Sektor der erneuerbaren Energie, an dem auf dem europäischen Markt deutsche Unternehmen große Anteile haben, konkurrenzfähig.

Am 13. Juni 2013 hat die Europäische Kommission den lang erwarteten Vorschlag zur Änderung der nuklearen Sicherheit kerntechnischer Anlagen dargestellt. Nach diesem Vorschlag „organisieren die Mitglied-

der Regionen, Energiefahrplan 2050, Brüssel, den 15.12.2011, KOM(2011) 885 endgültig.

²⁰ Europäische Kommission, *Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament über die umfassenden Risiko- und Sicherheitsbewertungen („Stresstests“) von Kernkraftwerken in der Europäischen Union und damit verbundene Tätigkeiten*, Brüssel, den 4.10.2012, COM(2012) 571 final.

staaten mit Unterstützung der zuständigen Regulierungsbehörden regelmäßig und mindestens alle sechs Jahre ein System themenbezogener Peer Reviews und vereinbaren einen Zeitrahmen und die Modalitäten für die Umsetzung“. Mehr noch, die von der Europäischen Kommission vorgeschlagenen Änderungen haben zum Ziel, den rechtlichen Rahmen im Bereich nuklearer Sicherheit in der EU stärker zu machen, insbesondere durch Verstärkung der Rolle und realer Unabhängigkeit von Regulierungsbehörden sowie durch Erhöhung der Transparenz in Bezug auf die Fragen der nuklearen Sicherheit²¹. Letztendlich führt die Richtlinie des Rates Nr. 2014/87/EURATOM die Normen der nuklearen Sicherheit auf ein höheres Niveau ein. Es wurde darin ein klares allgemeines Ziel der EU festgelegt, das Risiko künftiger Unfälle zu reduzieren und große radioaktive Freisetzungen zu verhindern. Es wurde auch die Anforderung eingeführt, ein europäisches System zu bilden, wobei besondere Sicherheitsfragen alle sechs Jahre revidiert werden sollen. Die Anforderungen sind beim Investieren in neue nukleare Anlagen sowie bei der Modernisierung bestehender Anlagen immer zu beachten, sofern dies in der Praxis möglich ist²².

Ferner wurden die Vorschriften über die Bewirtschaftung radioaktiver Abfälle und ausgebrannten nuklearen Brennelementen sowie über den Schutz vor Strahlung geändert. In Hinsicht darauf, dass die Kernenergie für die Stromerzeugung von beinahe 30 % in der EU verwendet wird, ist es notwendig - gemäß der Mitteilung der Europäischen Kommission vom 25. Februar 2015 *Rahmenstrategie für eine krisenfeste Energieunion mit einer zukunftsorientierten Klimaschutzstrategie*²³ - sicherzustellen, dass die Mitgliedstaaten die strengsten Normen in Bezug auf Sicherheit, Schutz, Abfallwirtschaft und Nichtverbreitung anwenden. Die EU soll auch die führende Position in der Kerntechnik sicherstellen, um die Abhängigkeit von der Energie und Technologie nicht zu er-

²¹ Europäische Kommission, *Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 2009/71/Euratom des Rates über einen Gemeinschaftsrahmen für die nukleare Sicherheit kerntechnischer Anlagen, Vorlage eines Entwurfs nach Artikel 31 Euratom-Vertrag zur Stellungnahme durch den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss*, Brüssel, den 13.6.2013, COM(2013) 343 final.

²² *Richtlinie des Rates 2014/87/EURATOM vom 8. Juli 2014 zur Änderung der Richtlinie 2009/71/Euratom über einen Gemeinschaftsrahmen für die nukleare Sicherheit kerntechnischer Anlagen*, Amtsblatt der Europäischen Union, L 219/42, 25.7.2014.

²³ Europäische Kommission, *Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss, den Ausschuss der Regionen und die Europäische Investitionsbank, Rahmenstrategie für eine krisenfeste Energieunion mit einer zukunftsorientierten Klimaschutzstrategie*, Brüssel, den 25.2.2015, COM(2015) 80 final.

höhen. In der Mitteilung wurde betont, dass die Europäische Union in großem Maße vom Import der nuklearen Brennstoffe und der damit verbundenen Dienstleistungen für die Mitgliedstaaten abhängig ist, in denen die Kernenergie ein Bestandteil des Energiemix ist. Deswegen ist die Diversifikation der Versorgungsquellen von Bedeutung, damit die Liefersicherheit gewährleistet werden kann. Es wurde avisiert, dass die Europäische Kommission die Anforderungen an Projekte der Kernenergieanlagen aktualisiert und verschärft.

Ein Bericht über die Zukunft der Kernenergie in der EU wurde am 4. April 2016 veröffentlicht. Nach den Ansätzen der Europäischen Kommission sollen zwischen 2015 und 2050 von 95 bis 105 GW neuer Leistung der Kernkraftwerke entstehen, um die Stilllegung aktiver Anlagen auszugleichen. Aus den Angaben der Europäischen Kommission ergibt sich, dass die Produktionskapazitäten der Kernkraftwerke in der EU im Jahre 2025 unter 100 GW herabgesetzt werden und bis 2050 bei 95-105 GW liegen sollen. Damit die Kernenergie ca. ein 1/3 des Bedarfs an Strom in den EU-Mitgliedstaaten decken kann, sind bereits jetzt Investitionen notwendig, die der Laufzeitverlängerung der bestehenden Reaktoren dienen. Nach dem Bericht fallen die größten Aufwendungen auf die Jahre 2015-2030, wo von 152 bis 207 Mrd. Euro investiert werden kann, wobei bis 2050 die voraussichtlichen Investitionen von 336 bis 439 Mrd. Euro betragen sollen. Die Europäische Kommission hat darauf hingewiesen, dass es in den nächsten Jahren eine wichtige Aufgabe wird, bestehende Reaktoren stillzulegen. Nach den Schätzungen der Europäischen Kommission ergibt sich, dass für die Stilllegung der Kernkraftwerke und die Bewirtschaftung radioaktiver Abfälle bis 2050 253 Mrd. Euro bestimmt werden müssen, wovon 123 Mrd. Euro für die Maßnahmen zur Stilllegung und 130 Mrd. Euro für die Bewirtschaftung der ausgebrannten nuklearen Brennelementen und der radioaktiven Abfälle sowie für die Endlagerung in den tiefen geologischen Schichten²⁴.

Während Deutschland einen großen Wert auf die Entwicklung erneuerbarer Energien legt und Milliarden in deren Ausbau investiert, ist die Stellungnahme sonstiger EU-Mitgliedstaaten ambivalent. Beispielsweise plädiert Großbritannien im Zusammenhang mit dem Ziel der Begrenzung der Treibhausgasemissionen für den Ausbau erneuerbarer Energien, Nutzung der Kernenergie und fossilen Brennstoffe, darunter

²⁴ Europäische Kommission, *Mitteilung der Kommission, Hinweisendes Nuklearprogramm Vorlage gemäß Artikel 40 des Euratom-Vertrags zur Stellungnahme durch den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss*, Brüssel, den 4.4.2016, COM (2016) 177 final.

für den Einsatz der CCS-Technologien sowie Maßnahmen zugunsten der Energieschonung. In Frankreich lässt die Verwendung der Kernenergie für die Stromerzeugung die Treibhausgasemissionen reduzieren und demzufolge einen starken Einsatz für die Klimaschutzpolitik. Von Bedeutung ist in diesem Kontext die Ankündigung, sowohl den Einsatz der Kernenergie als auch Ausbau erneuerbarer Energie fortzusetzen. In Polen hingegen werden die festen Brennstoffe als ein Garant für Versorgungssicherheit betrachtet. Von daher bleibt eine integrative Einstellung zu der Energiepolitik und Umweltschutz (Klimaschutz), die ihren Ausdruck in dem Übergang zu der emissionsarmen Wirtschaft bei gleichzeitiger Erhöhung der Sicherheit der Energieversorgung findet, eine Herausforderung.

Nach Meinung der Experten sind drei Fragen für die Entwicklung Erneuerbarer Energien von Bedeutung: Netze, Ziele und Fördermaßnahmen. Die Lösungen für die Entwicklung der Infrastruktur sind zwar vor allem technisch, aber die Diskussion über die Ziele wird die Energie- und Klimapolitik in den kommenden Jahren gestalten. Die Fortsetzung der bisherigen Triade der Ziele, d.h. Klimaschutz, Ausbau erneuerbarer Energien und Steigerung der Energieeffizienz, wird im Zusammenhang bestimmter politischen Rahmen und diverser Interessen der Mitgliedstaaten durchgesetzt²⁵.

Eine strittige Frage bleibt das Ziel und die Methode für die Erhöhung des Anteils erneuerbarer Energien an der Energiebilanz der Europäischen Union und der Mitgliedstaaten bis 2030, der die im Jahre 2020 vorgesehenen 20% überschreiten soll. Gemäß den Vorschlägen der Europäischen Kommission vom 6. Juni 2012 soll der Anteil erneuerbarer Energie am Energiemix erhöht werden, aber der Gegenstand der Diskussion waren vor allem die Maßnahmen zur Förderung deren Entwicklung in der Europäischen Union²⁶. Im Dokument wurde eine ganze Reihe von Festlegungen über die Maßnahmen der Vermarktung erneuerbarer Energien aufgenommen. Es wurden auch Informationen über die Strategie bis 2020 sowie mögliche Politikvarianten nach 2020 dargestellt, so dass Kontinuität und Stabilität gewährleistet werden kann, welche Voraussetzungen für den weiteren Anstieg der Energieerzeugung aus erneuerbaren Quellen bis 2030 und in den folgenden Jah-

²⁵ S. Fischer, „Energiewende“: Wohin führt der Weg?, [in:] *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 2011, Nr. 46-47, S. 15-22.

²⁶ Europäische Kommission, *Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Erneuerbare Energien: ein wichtiger Faktor auf dem europäischen Energiemarkt*, Brüssel, den 6.6.2012, COM(2012) 271 final.

ren bilden sollen. Es wurde betont, dass die Erhalt des Zubautempos für den Anteil erneuerbarer Energien an der Energieerzeugung nach 2030 von neuen Regulierungen abhängig ist, welche günstige Bedingungen für die Investitionen in erneuerbare Energien schaffen.

An dieser Stelle ist daran zu erinnern, dass bis zum Jahr 2020 der Anteil an erneuerbaren Energien gemessen am EU-Energieverbrauch 20% bzw. 10% im Verkehrssektor betragen soll. Um dieses Ziel zu erreichen, werden in der Richtlinie 2009/28/EG verbindliche nationale Ziele festgelegt (z.B. für Deutschland 18%, für Polen 15%). Die erneuerbaren Energien werden im Rahmen der nationalen Aktionsplänen für Erneuerbare Energie und den Fördersystemen entwickelt, die durch Mitgliedstaaten eingeführt werden. In Deutschland wird die Ausbau erneuerbarer Energien durch das Gesetz EEG unterstützt, das die Energieendverbraucher mit einer festgelegten Gebühr für Kilowattstunden belastet, welche den Produzenten von Strom aus erneuerbaren Energien höhere Herstellungskosten ersetzen soll. Die Konzentration auf das nationale (staatliche) Fördersystem und fehlende Lösungen auf der EU-Ebene haben zur Folge, dass der Fortschritt bei dem Ausbau erneuerbarer Energien in den Mitgliedstaaten unterschieden ist. Nach der Ansicht der Experten ist auch fehlender Wille, die Politik im Bereich der erneuerbaren Energien zu europäisch zu machen, nicht ohne Bedeutung²⁷.

Wie bereits in der Mitteilung vom 6. Juni 2012 erwähnt, wurde die Formulierung eines mehr anspruchsvollen Ziels als möglich anerkannt, nämlich die Energieerzeugung aus den erneuerbaren Quellen bis 2030, zu erhöhen, was die bis 2020 vorgesehenen 20% überschreiten soll. Die im November 2012 von dem EU-Kommissar für Energie Günter Oettinger dargestellten Pläne hingegen bedeuteten die Notwendigkeit, Subventionen zu reduzieren. Sie würden zwar zu dem bedeutenden Ausbau der erneuerbaren Energie in Deutschland beitragen, sie würden aber nach Meinung der Kommission auch den Anstieg der Strompreise zur Folge haben, welcher die Bürger belasten würde. Darüber hinaus ist die Möglichkeit, separate, staatliche Modelle zur Entwicklung erneuerbarer Energie zu bilden, ein Hindernis für die Errichtung und das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes und steht im Widerspruch zu den Regeln der freien Konkurrenz.

2013 hat die Europäische Kommission *das Grünbuch. Ein Rahmen für die Klima- und Energiepolitik bis 2030* veröffentlicht, in dem sie bisheri-

²⁷ Vgl. S. Fischer, *Auf dem Weg zur gemeinsamen Energiepolitik. Strategien, Instrumente und Politikgestaltung in der Europäischen Union*, Baden-Baden 2011; P. Buras, *Polska-Niemcy. Partnerstwo dla Europy? Interesy, opinie elit, perspektywy*, Warszawa 2013.

ge Erfolge im Bereich des Klimas und der Energie bewertet, und zwar in Bezug auf die früher angenommenen Ansätze und auf den legislativen EU-Rahmen sowie auf die Ziele bis 2030. Es sollten langfristige Perspektiven berücksichtigt werden, den die Europäische Kommission 2011 in dem Plan des Übergangs in die konkurrenzfähige emissionsarme Wirtschaft bis 2050, in dem Energieplan für das Jahr 2050 sowie in dem *Weißbuch zum Verkehr* vom 2011 angegeben hat²⁸.

Auf der Grundlage *des Grünbuchs* hat die Europäische Kommission in der Mitteilung vom 4. Februar 2014 ihre Vorschläge zum Klimaschutz in der EU bis 2030 konkretisiert. Im Bereich erneuerbarer Energien hat die Europäische Kommission das Ziel vorgeschlagen, diese bis 27% auszubauen, was mit dem Endenergieverbrauch gemessen wird. Dieses Ziel wird für die EU verbindlich, es wird aber nicht für einzelne Mitgliedstaaten, denn es wird im Rahmen klarer Verpflichtungen umgesetzt, die durch die Mitgliedstaaten selbst vorgenommen werden. Sie sollen sich an dem gemeinsamen Bedarf orientieren, das Ziel auf der EU-Ebene zu erreichen und sich auf die Möglichkeiten einzelner Mitgliedstaaten in Bezug auf aktuelle Ziele für das Jahr 2020 stützen²⁹.

In Hinsicht auf das Konkurrenzübergewicht bei der Entwicklung der Technologien für die Energieerzeugung aus erneuerbaren Quellen sowie auf den Atomausstieg betrieb Deutschland eine Lobbyarbeit an den verbindlichen Zielen des Ausbaus Erneuerbarer Energien in der EU nach 2020³⁰. Bevor die Europäische Kommission die vorgeschlagene europäische Energie- und Klimapolitik für die Jahre 2020-2030 bekannt gegeben hat, hat Deutschland diplomatische Aktivität intensiviert, mit dem Ziel, die Energie- und Klimapolitik der EU fortzusetzen. Am 23. Dezember 2013 hat Bundesminister für Wirtschaft und Energie Sigmar Gabriel den Brief der Vertreter von 8 Ländern (u.a. Frankreich, Italien und Österreich) an die Europäische Kommission über die Annahme des Ziels: Ausbau erneuerbarer Energien in der EU bis 30% bis 2030 unterschrieben. Den Deutschen lag es daran, den Anteil erneuerbarer Energien in der EU-Energiepolitik in den Jahren 2020-2030 zu erhalten,

²⁸ *Grünbuch - Ein Rahmen für die Klima- und Energiepolitik bis 2030*, Brüssel, den 27.3.2013, COM(2013) 169 final.

²⁹ Komisja Europejska, *Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, Ramy polityczne na okres 2020-2030 dotyczą ce klimatu i energii*, Bruksela, dnia 4.02.2014, COM(2014) 15 final/2 [keine deutsche Version].

³⁰ Vgl. S. Fischer, O. Geden, *Strategiediskussion in der EU-Energie- und Klimapolitik. Neue Ziele für die Zeit nach 2020*, Friedrich-Ebert-Stiftung, Februar 2013, vgl. www.library.fes.de [Abgerufen am: 20.08.2017].

denn dies würde die Umsetzung der Energiewende erleichtern, d.h. die Chance für den Erhalt des nationalen Fördersystems für grüne Technologien erhöhen³¹.

Letztendlich wurde in den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom Oktober 2014 ein verbindliches Ziel festgelegt - der Anteil von mindestens 27% der Energie aus erneuerbaren Quellen, verbraucht in der EU bis 2030. Um dieses Ziel zu erreichen, sollten die Mitgliedstaaten ihre Beiträge dazu leisten, damit das EU-Ziel gemeinsam erreicht werden kann, sie werden aber weiterhin eigene mehr anspruchsvollen nationalen Ziele festlegen können und für diese werben, gemäß den Richtlinien über die Unterstützung des Staates, und mit Berücksichtigung deren Grades an Integration in den Energiemarkt. Für die Integration weiter steigender Anteile von Energie aus erneuerbaren Quellen ist ein Energiemarkt notwendig, der in höherem Maße miteinander verbunden wird, und ferner entsprechende Reserven, die bei Bedarf auf regionaler Ebene koordiniert werden sollen³².

Deutschland wollte ein allgemeines europäisches Ziel festzulegen, das nach 2020 gilt, sowie die Einführung eines zentralen Systems zur Förderung von erneuerbaren Energien auf der EU-Ebene. Es handelte sich dabei nicht um die Vereinheitlichung der Zuwendungen für erneuerbare Energien auf der EU-Ebene. In Deutschland sind sie so hoch, dass aus deren Begünstigte an der „Europäisierung“ verlieren würden. Eine andere Stellung nimmt z. B. Polen, für das dieses System wegen der schwächeren Entwicklung dieses Sektors als ungünstig anerkannt wird. Eine Lösung könnte nach Meinung Polens die Erhaltung nationaler Fördersysteme für erneuerbare Energien und die Verstärkung der Kooperation zwischen diesen sein, wodurch die Erzeugungskosten minimiert werden könnten. Darüber hinaus meinte Polen, die Entscheidungen über die Erhöhung des Anteils erneuerbarer Energien in der Energiebilanz sollten auf der nationalen Ebene getroffen werden - gemäß dem Vertragsrecht eines EU-Mitgliedstaates auf die Gestaltung des eigenen Energiemix - mit Berücksichtigung des Potentials des Staates diesbezüglich und des Entwicklungsgrades der betreffenden Technologie. Nach Meinung von Experten kann die Festlegung eines mehr anspruchsvollen Ziels durch die EU die Aktivität der Mitgliedstaaten

³¹ R. Bajczuk, *Niemcy lobbuj za odnawialnymi źródłami energii w Unii Europejskiej*, „Analizy OSW” 22.01.2014.

³² Europäischer Rat, *Tagung des Europäischen Rates (23./24. Oktober 2014) - Schlussfolgerungen*, Brüssel, den 24. Oktober 2014, EUCO 169/14.

einschränken und diese zu einer intensiveren Förderung von erneuerbaren Energien zwingen, unabhängig von der Wahl des Systems³³.

Die bereits erwähnte Strategie der Energieunion stützt sich auf fünf streng miteinander verbundene Bereiche, die zum Ziel haben, zu der höheren Energiesicherheit, Stabilität und Konkurrenzfähigkeit zu führen. Im Bereich 1. Energiesicherheit und Solidarität und Vertrauen ist das Ziel, Abhängigkeit der EU von bestimmten Energieträgern, Lieferländern und Lieferkanälen zu reduzieren. Von daher ist u.a. die nationale Energieerzeugung wichtig, welche insbesondere erneuerbare Energien, aber auch konventionelle und nicht konventionelle Ressourcen, umfasst.

Deutschland hat das Projekt der Energieunion befürwortet, denn es entspricht in hohem Grade den Zielen der Energiepolitik Deutschlands, d.h. den Einsatz fossiler Brennstoffe allmählich zurückzuziehen und erneuerbare Energien auszubauen, und letztendlich eine emissionsarme Wirtschaft aufzubauen. Nach Deutschland wird die Erhöhung der Energieversorgungssicherheit in der EU u.a. durch den Ausbau Erneuerbarer Energien möglich. Deswegen ist es so wichtig, Voraussetzungen für anspruchsvolle nationale Ziele zu schaffen, um die erneuerbaren Energien auszubauen. Ferner wird Deutschland gegen die Reformen des bestehenden Systems sein, solange ihr Ziel wird, auf den Vorrang beim Zugang zu dem Netz vor den konventionellen Quellen zu verzichten.

Schlussfolgerungen

- 1) Ein Erkennungsmerkmal der Energieversorgung Deutschlands im Vergleich zu den anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind ein diversifiziertes Energiemix und diverse Quellen der Energieträger. Das ist nicht ohne Bedeutung im europäischen Kontext, denn Deutschland hat den größten Energiemarkt in der EU und ist ein größter Energieverbraucher in der EU.
- 2) In Hinsicht auf einzelne Energieträger ist es bemerkenswert, dass Deutschland in Bezug auf die Verbrauchszahlen in der EU in allen Kategorien, ausgenommen Kernenergie, führende Position hat. Deswegen haben die Änderungen in der Energiepolitik Deutschlands, insbesondere in Bezug auf die Entwicklung bestimmter Energieträger, bzw. auf den Verzicht auf diese, einen Einfluss auf die Struktur des Energiemix und auf die Bilanz der Energiepolitik (und Klimapolitik) der Europäischen Union.

³³ Vgl. P. Buras, *Polska-Niemcy...*, *op. cit.*

- 3) In Bezug auf die Nutzung der Kernenergie sind Unterschiede bei den Stellungnahmen der EU-Mitgliedstaaten erkennbar. Seit der Havarie des AKW Fukushima-Daiichi hat ein Teil der Mitgliedstaaten ihre Stellung zur Kernenergie geändert und findet das mit deren Betrieb verbundene Risiko unzulässig. In den anderen hingegen ist sie nach wie vor als eine sichere und preisgünstige Quelle des emissionsarmen Strom gesehen. Ein europaweiter Atomausstieg erscheint damit unrealistisch.
- 4) Deutschland wird weiterhin seine Lobbyarbeit für die Entwicklung erneuerbarer Energiequellen in der EU betreiben. Diese Entwicklung ist aber in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten nicht nur von der Festlegung eines gemeinsamen verbindlichen Ziels nach 2020 und Fixierung konkreten Anteils erneuerbarer Energiequellen an der Energiebilanz einzelner Staaten, sondern vor allem von der Bildung attraktiver Maßnahmen für die Subventionierung erneuerbarer Energiequellen abhängig, welche die Investitionssicherheit gewährleisten würden. Die Reform des Fördersystems der erneuerbaren Energiequellen soll eine höhere Kohärenz nationalen Methoden sicherstellen und die Marktzerstreuung verhindern.

Rajmund Mydel

Prześcizna w mieście Detroit jako jeden z przejawów procesu *urban decay*

Wprowadzenie

Druga połowa XX w., która cechowała się gwałtownymi przemianami gospodarczymi i społecznymi, przyniosła w aspekcie osadniczym dynamiczny rozwój procesów urbanizacji i suburbanizacji. Państwa o wysokim poziomie rozwoju społeczno-ekonomicznego zaowocowały metropolizacją osadniczych układów. Gwałtowny rozwój i modernizacja struktur ekonomicznych tej kategorii państw sprawiła, że w ciągu kilku dekad po zakończeniu II wojny światowej weszły w postindustrialną fazę rozwoju. Biegami rozwoju i szeroko rozumianego postępu stały się wielkie miasta, które ożywały demograficznie i gospodarczo otaczające je obszary. Tworzyły one w warunkach rozwijanego procesu suburbanizacji-metropolizacji zintegrowane przestrzennie i funkcjonalnie układy (obszary metropolitalne), których biegami reprezentują miasta centralne. Są one wielkimi i na wskroś nowoczesnymi rynkami pracy, których funkcjonowanie związane jest z wielkoskalowymi migracjami wahałowymi czynnej zawodowo ludności zamieszkującej w przejściowej i zewnętrznej strefie obszarów metropolitalnych. Formują one w licznych przypadkach centra krajowego rozwoju, niekiedy w ramach tzw. megamiast, czyli

obszarów metropolitalnych liczących 10 mln i więcej mieszkańców¹. Klasycznym przykładem tego typu formacji, tworzącej największy region gospodarczy kraju - Japonii, jest megamiasto Tokio². Na obszarze tego największego megamiasta miasta, zamieszkałego przez 36,5 mln osób (reprezentujących 28,3% ogółu ludności Japonii), znajdowało zatrudnienie około 30% czynnej zawodowo ludności kraju, która wytworzyła w ramach powyższego zespołu a 31,9% wartości PKB (dane za 2010 r.). Podkreślić należy jednocześnie nie w tym miejscu fakt, iż źródłem i motorem dynamicznego rozwoju demograficzno-gospodarczego formacji osadniczych typu miasto czy obszar metropolitalny jest planowa działalność na rzecz rozwoju, modernizacji oraz unowocześnienia ich rynku pracy, cechującego się przy tym wysokim stopniem innowacyjności i konkurencyjności.

Inny, mniej powszechny trend przemian, niesie bardzo niekorzystne i bolesne konsekwencje natury demograficzno-społecznej i gospodarczej, zanotowały po II wojnie światowej miasta starych regionów przemysłowych Europy Zachodniej (głównie Wielkiej Brytanii i Niemiec) oraz USA³. W warunkach ich powojennej recesji ekonomicznej, wynikającej z ograniczenia czy wręcz zaniechania wysiłków na rzecz przebudowy i modernizacji ich gospodarki (znaczących dominacji przemysłu hutniczego, metalowego czy maszynowego, czemu towarzyszyła utrata zdolności konkurencyjnej na krajowym i międzynarodowym rynku), miasta powyższych regionów weszły w fazę recesji. Najbardziej znanym przejawem powyższej sytuacji był stały spadek aktywności gospodarczej, wyrażający się m.in. zmniejszaniem rynku pracy w ramach masowego zamykania i likwidacji podmiotów gospodarczych. Z natury rzeczy przedłużający się w czasie powyższy proces prowadził do wzrostu stopy bezrobocia, obniżania poziomu dochodów mieszkańców, destrukcji tkanki infrastrukturalnej oraz drastycznego wzrostu przestępczości. Pogłębiający się kryzys gospodarczy tej kategorii miast,

¹ Np. R. Fuchs, *Mega-city Growth and Future*, Tokyo 1994; F. Kraas, U. Leuze, A. Nitschke, *Megacities. Our Future Habitat*, „Global Campus 21” 2007; *Megacities. Urban Form, Governance and Sustainability*, eds A. Sorensen, J. Okata, Tokyo-London-New York 2011.

² R. Mydel, *Megamiasto Tokio*, Kraków 2014.

³ Np. B. Bluestone, B. Harrison, *The Deindustrialization of America*, New York 1982; W.H. Frey, A.J. Speare, *Regional and Metropolitan Growth and Decline in the United States*, New York 1988; J. Shanahan et al., *Economic Transition, Decline and Turnaround in America's Industrial Cities*, Akron (OH) 1988; R. Mydel, *Kryzys amerykańskiego miasta centralnego. Buffalo 1950-1990*, Kraków 1996.

stanowi czy fundamentalne źródło postępującego procesu *urban decay* (schyłku-upadku miast), znamionuje przede wszystkim uruchomienie fali emigracji ich mieszkańców. Skutkuje ona trwałym, drastycznym spadkiem zaludnienia i obniżeniem statusu ekonomicznego mieszkańców, będących efektami odpływu z miasta ludności o średnim i wysokim statusie społeczno-ekonomicznym. W przypadku tej kategorii miast USA odpływowi białej, bardziej zamożnej i wykształconej ludności towarzyszył silny napływ słabych ekonomicznie Afroamerykanów, a od lat 70. także Latynosów. Pociągało to proces *urban decay* przez wzrost poziomu ubóstwa ludności oraz etniczno-rasowej segregacji mieszkańców.

Powyższe problemy są od lat przedmiotem licznych opracowań naukowych, traktujących zarówno o indywidualnych przypadkach miast, jak też analizujących powyższe zagadnienia w skali całych regionów czy państw. Relatywnie nieliczne z nich dotyczą teoretyczno-modelowych, chociaż zauważa się próby tego typu syntez, m.in. w pracy Jurgena Friedrichsa⁴, Harry'ego W. Richardsona⁵, Larry'ego S. Bourne'a⁶ czy Rajmunda Mydela⁷. W przypadku ostatniego autora na bazie szczegółowych studiów dotyczących kryzysu miasta Buffalo sformułowano m.in. graficzno-opisowy model ilustrujący główne typy procesów nasilających się w fazie *urban decay*. Znaczący jest on rozwojem dwu charakterystycznych zjawisk, a mianowicie spadkiem zaludnienia miasta oraz rozwojem zjawiska filtracji, polegającego na zajmowaniu domów opuszczonych przez zamożnych, białych mieszkańców przez rosnącą populację, z reguły ubogich, Afroamerykanów. W warunkach rozwijanego procesu filtracji, któremu towarzyszy silna degradacja zasobów infrastrukturalnych (głównie zabudowy), następuje systematyczne obniżenie statusu społeczno-ekonomicznego mieszkańców, nasilenie zjawiska segregacji etniczno-rasowej (gettoizacji) oraz zjawisk o charakterze patologicznym (w tym głównie przestępczości).

Proces *urban decay*, ze wszystkimi jego negatywnymi następstwami, dotknął najsilniej miasta północno-wschodniego Pasa Przemysłowego USA, które od końca XIX do połowy XX w. były miejscem dynamicznego wzrostu gospodarczego i demograficznego. Jego źródłem był silny

⁴ J. Friedrichs, *A Theory of Urban Decline. Economy, Demography and Political Elites*, „Urban Studies” 1993, Vol. 30, No. 6, s. 907-917.

⁵ H.W. Richardson, *Urban Economics*, Hinsdale (IL) 1978.

⁶ L.S. Bourne, *Alternative Perspectives on Urban Decline and Population Deconcentration*, „Urban Geography” 1980, Vol. 1, No 1, s. 39-52.

⁷ R. Mydel, *Kryzys amerykańskiego miasta...*, op. cit.

rozwój górnictwa w gła kamiennego, hutnictwa elaza oraz przemysłu ci kiego i maszynowego. Powstaj ce tam wielkie i nowoczesne miasta, jak Chicago, Buffalo, Detroit, Cincinnati, Cleveland, St. Louis czy Pittsburgh, stanowiły o sile gospodarczej kraju w ramach formowanego Pasa Stali (*Steel Belt*). Ich wielkoprzemysłowy rynek pracy, który z pocz tkiem XX w. gwałtownie rozwin ł si dodatkowo za spraw przemysłu samochodowego, determinował ogromny napływ migracyjny ludno ci o wzgl dnie niskim poziomie edukacji i statusie ekonomicznym. W ich zbiorowo ci dominowali imigranci z Europy przy towarzyszym napływie z Południa czarnej ludno ci (w ramach tzw. Pierwszej - lata 1916-1930 - oraz Drugiej Wielkiej Migracji - lata 1941-1970).

Dla gospodarki regionu *Steel Belt* ogromne znaczenie miały lata II wojny wiatowej. Przyniosły one silne o ywienie działalno ci przemysłowej, ukierunkowanej na zaspokojenie ogromnych potrzeb militarnych. W historii rozwoju demograficzno-gospodarczego miast tego regionu był to jednocze nie przełomowy moment. Wyra ł si on osi gni ciem w 1950 r. apogeum demograficznego rozwoju oraz uruchomieniem procesu gospodarczej recesji, wynikaj cej przede wszystkim z zaniechania przebudowy i modernizacji ich ekonomicznych struktur. Od tego te roku, w warunkach spadku znaczenia w gospodarce USA przemysłu hutniczego i metalowego oraz rosn cej konkurencji i wiatowej ekspansji wysoko zaawansowanych technologicznie wyrobów przemysłu japo skiego, praktycznie wszystkie wielkie miasta tego regionu weszły w stadium pogł biej si recesji. Historyczny *Steel Belt* staje si ju od przełomu lat 70. i 80. ameryka skim symbolem upadku i degradacji. Spadkowi produkcji i liczby miejsc pracy towarzyszyło powszechnie zamykanie zakładów i przedsi biorstw oraz masowa emigracja ludno ci. Post puj ca degradacja infrastruktury przemysłowej oraz terenów zainwestowania miejskiego sprawiły, e region ten okre lano odt d mianem Pasa Rdzy (*Rust Belt*). W powy szych okoliczno ciach wi kszo wielkich miast tego obszaru obj ta została od 1950 r. procesem masowej emigracji ludno ci i silnego spadku liczby ich mieszka ców. Spadek ten w okresie 1950-2015 osi gn ł wielko od 25% (np. Chicago o 24,9%) do ponad 60% (np. Detroit - spadek liczby ludno ci a o 63,4%). Jednym z przejawów gł bokiego kryzysu ekonomicznego miast Pasa Rdzy był fakt, i notowany w nich odsetek ludno ci yj cej poni ej poziomu ubóstwa przewy szał nawet kilkukrotnie redni krajow . Ich pochodn była bardzo wysoka skala przest pczo ci, przekraczaj ca w wybranych kategoriach przest pstw nierzadko od kilkunastu do kilkadziesi ciu razy krajowe wska niki (tab. 1).

Tabela 1. Wybrane wskaźniki demograficzno-społeczne i etniczno-rasowe wybranych miast USA objętych procesem *urban decay* (1950 r. i 2015 r.)

Wyszczególnienie	1950	2015	Proc. zmian liczby ludności 1950-2015	2015		
				średni dochód na gospodarstwo domowe (dolar USA)	Proc. osób żyjących poniżej poziomu ubóstwa	Wskaźnik przestępczości na 100 tys. osób
Detroit						
Ludność (w tys.)	1849,6	677,1	-63,4	25 980	39,8	5944
Proc. ludności białej	83,6	9,5				
Proc. ludności czarnej	16,3	79,2				
Miejsce na liście miast USA	5	21				
Chicago						
Ludność (w tys.)	3621	2720,5	-24,9	50 702	20,8	3922
Proc. ludności białej	83,5	32,3				
Proc. ludności czarnej	13,6	30,7				
Miejsce na liście miast USA	2	3				
Filadelfia						
Ludność (w tys.)	2071,6	1567,4	-24,3	41 233	25,8	4180
Proc. ludności białej	80,3	35,2				
Proc. ludności czarnej	18,2	44				
Miejsce na liście miast USA	3	5				
Buffalo						
Ludność (w tys.)	580,1	258,1	-55,5	32 509	33,1	5679
Proc. ludności białej	93,5	44,3				
Proc. ludności czarnej	6,3	37,1				
Miejsce na liście miast USA	15	78				

* Uwaga: w 1950 r. wszystkie miasta osiągnęły najwyższy w historii poziom zaludnienia.

ródło: opracowanie własne na podstawie www.censusreporter.org⁸.

Detroit [hasło], *Chicago* [hasło], *Philadelphia* [hasło], *Buffalo* [hasło], dostępne na: www.censusreporter.org [stan na: 13.06.2017].

Symbolicznym, negatywnym przykładem następstwa silnego stopnia zaawansowania procesu *urban decay*, znajdującym wyraz m.in. w wysokich odsetkach ludności żyjącej poniżej poziomu ubóstwa oraz skrajnie wysokich wskaźnikach przestępczości, pozostaje od lat miasto Detroit. Zaliczane jest ono do jednych z najbiedniejszych oraz najbardziej niebezpiecznych miast USA. Potwierdzeniem skrajnie niekorzystnej dla ożywienia gospodarczego i demograficznego sytuacji był fakt, iż w latach 80. miasto Detroit nosiło przydomek „stolicy zabójstw” oraz „stolicy podpalenia Ameryki”⁹.

Współczesne Detroit zajmuje pierwsze, niechlubne miejsce, w rankingu najbiedniejszych miast USA z punktu widzenia najwyższego odsetka ludności żyjącej poniżej poziomu ubóstwa (39,8%; średnio w USA 13,5%) oraz najniższych dochodów przypadających na gospodarstwo domowe (25 980 dol.; średnio w USA 56 516 dol. w 2015 r.). Utrzymywanie statusu najbiedniejszego wielkiego miasta USA doprowadziło do sytuacji bezprecedensowej we współczesnej historii miast tego kraju. W warunkach pogłębiającego się kryzysu ekonomicznego, zmniejszenia mieszkalnictwa, spadku wpływów podatkowych oraz ogromnego zadłużenia 18 lipca 2013 r. Detroit ogłosiło ostatecznie bankructwo. Powyższa okoliczność dowodzi najbardziej tragicznej sytuacji ekonomicznej miasta, pochodną której jest rozwój zjawisk patologicznych, takich jak narkomania, prostytutka oraz przestępczość.

W powyższych okolicznościach interesującym problemem poznawczym jest ilustracja aktualnego obrazu skali i specyfiki przestępczości w Detroit, w tym na tle kraju. Szczegółowe postępowanie badawcze, uwzględniające główne kategorie i rodzaje przestępstw w ujęciu ilościowym oraz w ramach wskaźników przestępczości (liczba przestępstw na 100 tys. osób), oparto na danych empirycznych obejmujących lata 2001-2015. Poza aktualnym obrazem przestępczości, prezentowanym na tle wybranych wskaźników demograficzno-społecznych i ekonomicznych, możliwe będzie poznanie trendu zmian zjawiska przestępczości w Detroit, w warunkach realizacji założeń planistycznych, zmierzających do ożywienia gospodarczego oraz odbudowy i rewitalizacji jego struktury przestrzenno-funkcjonalnej.

⁹ M.in. T. Sugrue, *The Origins of the Urban Crisis. Race and Inequality in Postwar Detroit*, Princeton 2005; S.C. High, *Industrial Sunset. The Making of North America's Rust Belt 1969-1984*, Toronto 2003; M. Binelli, *The Last Days of Detroit. Motor Cars, Motown and the Collapse of an Industrial Giant*, London 2013.

Zarys wybranych problemów ilustrujących pogłębianie się
procesu *urban decay* w mieście Detroit
z punktu widzenia ich wpływu na współczesne struktury
i strukturę przestępczości

Miasto Detroit, które w połowie XIX w. wyrosło na ważny ośrodek gospodarczy kraju, zawdzięcza do przełomu XIX i XX w. swój wzrost demograficzny i ekonomiczny rozwojowi przemysłu hutnictwa żelaza, metalowego i maszynowego. Jego uczestnikami byli w większości europejscy imigranci, którzy jako słabo wykwalifikowana siła robocza znajdowali w mieście zatrudnienie w tego typu zakładach. Oni także determinowali zarówno fakt gwałtownego rozwoju miasta, które w latach 1850-1900 zwiększyło zaludnienie zaledwie 21 tys. do 285,7 tys. osób (wzrost o 1260,5%), jak też strukturę rasową, gdzie ludność biała stanowiła przeciętnie 98% ogółu mieszkańców.

W tym i równie brzemienne w skutkach w historii miasta okazał się rozwój z początkiem XX w. przemysłu samochodowego. Za sprawą lokalizacji w Detroit siedzib i zakładów produkcyjnych takich koncernów jak Ford (od 1903 r.), General Motors (od 1916 r.) oraz Chrysler (od 1925 r.), miasto stało się ogromnym i niezwykle atrakcyjnym rynkiem pracy. On to zrodził kolejną falę napływu migracyjnego, która przyniosła w latach 1900-1930 wzrost demograficzny o milion mieszkańców (z 285,7 tys. do 1 568,7 tys. osób). Sprawilo to, że w rekordowo krótkim czasie Detroit znalazło się na czwartym miejscu w gronie największych miast USA. Dla powyższego okresu znamienity był także silny napływ czarnej ludności z rolniczego Południa, w ramach tzw. Pierwszej Wielkiej Migracji lat 1916-1930. Bez względu na dominację przemysłu ciężkiego oraz maszynowego (w tym samochodowego) determinowała fakt zapotrzebowania rynku pracy na rzeszę słabo wykształconych pracowników. Dla Detroit był to także czas dynamicznego rozwoju infrastrukturalnego, w tym indywidualnego budownictwa mieszkaniowego, jako efektu względnie wysokiego poziomu zamożności ludności, wynikającego z ekonomicznej stabilizacji na łatwo dostępnym i relatywnie dobrze wynagradzanym rynku pracy. Lata 30. zapoczątkowały równocześnie nie rozwój procesu suburbanizacji, znajdującego wyraz w wyraźnym osłabieniu dynamiki wzrostu białej ludności w mieście Detroit, przy realnym i procentowym wzroście czarnych mieszkańców.

Lata II wojny światowej były dla Detroit także okresem prosperity, a to za sprawą zaangażowania przemysłu hutniczego, metalowego i maszynowego w produkcję na potrzeby militarne. Przyniosły one o y-

wienie napływu migracyjnego ludności, w ród której przeważali czarni mieszkańcy kraju. Przybywali oni do miast Pasa Stali z Południa, zapoczątkując tzw. Drugą Wielką Migrację, trwającą do początku lat 70. Znajdowali oni zatrudnienie głównie w przemyśle zbrojeniowym, co miało głębokie następstwa natury ekonomicznej oraz etniczno-rasowej miast tego obszaru. Z demograficzno-społecznego punktu widzenia oraz etniczno-rasowej struktury ludności Detroit, na wzór innych miast przemysłowych Pasa Stali, osiągnęło wraz z zakończeniem II wojny światowej najwyższy w historii poziom zaludnienia (1849,6 tys. osób w 1950 r.). W latach 1940-1950 Detroit odnotowało też silny wzrost liczby czarnej ludności, która stanowiła w 1950 r. 16,3% ogółu mieszkańców. Brzemienia w skutkach i bolesne dla powojennego rozwoju miasta okazał się zarazem fakt, iż większość czynnej zawodowo ludności reprezentowała bardzo niski poziom edukacji. Był to jeden z podstawowych czynników ograniczenia, wręcz zahamowania, modernizacji gospodarki miasta. Detroit zdominowane przez reprezentantów klasy niskiej (*blue collar workers*), w warunkach kryzysu przemysłowego oraz globalnego zjawiska modernizacji struktur gospodarczych i rozwoju sektora III, odnotowało trwały trend spadku liczby miejsc pracy. Począwszy od lat 50., uruchomione zostały procesy suburbanizacji, uczestnikami których są zasadniczo biali reprezentanci klasy wyższej i redniej (przenoszący się z miasta na przedmieścia). Procesem suburbanizacji i deglomracji objęty został także przemysł samochodowy miasta. Skutkowało to drastycznym spadkiem miejsc pracy w Detroit oraz silnym wzrostem demograficznym i gospodarczym przedmieść. Powojenna dekada lat 1950-1960 wyznaczyła jednocześnie początek trwającego do dzisiaj kryzysu miasta (*urban decay*), który znamionuje uruchomienie procesu jego wyludniania, z którego udziałem białej ludności (spadek o 23,5%). Równolegle miasto Detroit notuje silny wzrost populacji Afroamerykanów (o 60,5%), którzy, stanowiąc dokładnie 28,9% ogółu jego mieszkańców, zajmują tereny opuszczone przez białą ludność. Byli to uczestnicy Drugiej Wielkiej Migracji, którzy, oświadczając w powyższych okolicznościach proces filtracji, uruchamiając narastające zjawisko gettoizacji struktury rasowo-etnicznej i przestrzennej miasta. Towarzysząc temu procesowi segregacja rasowa doprowadziła w 1967 r. do ogromnych i tragicznych w skutkach zamieszek na tle rasowym. Spowodowały one m.in. nasilenie procesu emigracji-ucieczki z miasta jego białych mieszkańców oraz exodus licznych firm-przedsiębiorstw oraz kapitału. Powyższe wydarzenia stanowiły punkt zwrotny w powojennej historii miasta, przyspieszając jego upadek. Widoczny był on przede wszystkim w ożywionym odpływie białej ludności i sys-

tematycznym wzroście populacji biednych, słabo wykształconych, o niskich kwalifikacjach zawodowych, Afroamerykanów. Na przełomie lat 70. i 80. ich zbiorowo przewyższała populacja białych mieszkańców (z udziałem 63,1% w 1980 r.).

Podkreślić należy w tym miejscu okoliczności i recesyjne trendy w rozwoju gospodarczym miast Pasa Stali miały swe źródło także w zjawiskach o globalnym charakterze. W przypadku Detroit ogromny wpływ miał kryzys naftowy lat 1973 i 1979. Dotknął on szczególnie silnie tę stolicę przemysłu samochodowego USA, gdzie powstawały duże, paliwowe samochody. Wzrost konkurencyjności, bardziej ekonomicznych samochodów wytwarzanych przez zagraniczne firmy, spowodował spadek rodzimej produkcji, a w ostateczności zamykanie zakładów. Fundamentalne znaczenie dla losów tego przemysłu w mieście Detroit, zatrudniającego resztkę nisko wykwalifikowanych robotników, było otwarcie w latach 80. rynku amerykańskiego dla japońskich koncernów samochodowych (Honda od 1982 r., Nissan od 1983 r., Toyota, Subaru i Isuzu od 1988 r.). Powyższe okoliczności determinował silny wzrost stopy bezrobocia i drastyczny spadek dochodów ludności. Rosnąca skala ubożnienia mieszkańców związana była także z ogromną falą emigracji białej ludności, reprezentantów klasy średniej. W znacznym stopniu proces emigracji był wypadkową nasilającej się przestępczości. To właśnie w latach 1970-1990 Detroit nosiło miano „stolicy przestępczości” (w tym „stolicy zabójstw”) i „stolicy podpał” oraz jednego z najbiedniejszych miast USA. W latach 1970-1990 miasto zmniejszyło zaludnienie niemal o 500 tys. osób, a wyłaczniymi uczestnikami emigracji byli biali jego mieszkańcy. Zmniejszyli oni jednocześnie swój udział w ogólnej liczbie ludności do poziomu 21,6%, przy wzroście Afroamerykanów do 75,7%. Skala negatywnych zjawisk rozwijanych w mieście była tak ogromna, czyniąc przy tym z Detroit bardzo niebezpieczne miejsce do zamieszkania lub życia, że na przełomie XX i XXI w. uruchomiony został nowy jakoś proces migracyjny znaczony odpływem Afroamerykanów. W latach 2000-2015 wyemigrowało z Detroit dokładnie 239,3 tys. czarnych mieszkańców (spadek o 30,8%), przy dalszym spadku białej ludności w wysokości 44,7%. Znajdujące się w głębokim kryzysie miasto przyciąga jednocześnie coraz liczniejszą zbiorowo nową, najsłabszej ekonomicznie populację imigrantów, a mianowicie Latynosów. Ich populacja liczyła w 2015 r. 54 tys. osób (8% ogółu ludności Detroit), ustępując tylko nieznacznie mieszkańcom białym (64,5 tys. - 9,5% ogółu ludności). Oznacza to, że współczesne Detroit to miasto Afroamerykanów i Latynosów z symboliczną obecnością, w większości bardzo słabych ekonomicznie, białych mieszkańców (tab. 2).

Tabela 2. Zmiany liczby i struktury etniczno-rasowej ludności miasta Detroit w latach 1900-2015

Lata	Liczba ludności ogółem (tys.)	Ludność biała		Ludność czarna		Latynosi	
		Liczba (tys.)	Proc. ogółu	Liczba (tys.)	Proc. ogółu	Liczba (tys.)	Proc. Ogółu
1900	285,7	281,6	98,5	4,1	1,4	X	X
1910	465,8	459,9	98,8	5,7	1,2	X	X
1920	993,7	952,1	95,8	40,8	4,1	X	X
1930	1568,7	1466,7	92,2	120,1	7,7	X	X
1940	1623,5	1472,7	90,7	149,1	9,2	X	X
1950	1849,6	1545,8	83,6	300,5	16,3	X	X
1960	1670,1	1183,0	70,8	482,2	28,9	X	X
1970	1511,5	838,9	55,5	660,4	43,7	27,0	1,8
1980	1203,3	413,7	34,4	758,9	63,1	29,0	2,4
1990	1028,0	222,3	21,6	777,9	75,7	28,5	2,8
2000	951,3	116,6	12,3	775,8	81,6	47,2	5,0
2010	713,8	75,8	10,6	590,2	82,7	48,7	6,8
2015	677,1	64,5	9,5	536,5	79,2	54,0	8,0
Proc. zmian:							
1900-1950	547,4	448,9	X	722,9	X	X	X
1950-2015	-63,4	-98,5	X	78,5	X	X	X

ródło: opracowanie własne.

Wyludniające się i ubożące miasto wraz ze skrajnie wysokimi wskaźnikami przestępczości charakteryzuje się przy tym bardzo silnym stopniem degradacji infrastrukturalnej tkanki. Rosnąca liczba opuszczonych zakładów, przedsiębiorstw czy budynków mieszkalnych, notujących najniższe ceny w skali kraju na rynku nieruchomości (niemal 50% istniejących domów mieszkalnych osiąga ceny poniżej 40 tys. dol.) dopełnia tragiczny obraz miasta, określonego niekiedy mianem *ghost city* (miasta ducha). Powyższy proces destrukcji tkanki infrastrukturalnej miasta pogłębia fakt, iż silnie zubożała ludność nie tylko nie stała na bieżąco remonty budynków, ale także na opłaty podatków od posiadanych nieruchomości. Na domiar złoty, za sprawą bardzo licznych podpalen opuszczonej i zdegradowanej zabudowy, liczne kwartały miasta uprzednio zabudowane i zamieszkałe tworzą miejskie nieuytki, z charakterystycznymi obecnie zgłiszczami spalonych domów. Podpalenia należą do grupy najbardziej charakterystycznych dla Detroit przestępstw przeciw własności. Ich nasilenie notowane jest rokrocznie

w noc poprzedzającą wieczo Halloween (tzw. *Devil's Night* przypadającą na 30 października), czemu towarzyszy wzrost aktów wandalizmu.

Tabela 3. Ranking najwęższych miast USA z punktu widzenia najwyższego odsetka mieszkańców żyjących poniżej poziomu ubóstwa oraz najniższego średniego dochodu gospodarstwa domowego w 2015 r.

Miasta	Proc. mieszkańców żyjących poniżej poziomu ubóstwa	średni dochód gospodarstwa domowego (dolarów USA)
Detroit	39,8	25 980
Memphis	26,2	36 908
Filadelfia	25,8	41 233
Baltimore	22,9	41 165
Dallas	22,5	45 918
Phoenix	22,3	48 452
Houston	21,2	48 064
Chicago	20,8	50 702
Columbus	20,7	47 401
Indianapolis	20,6	41 278
USA	13,5	56 516

Źródło: opracowanie własne na podstawie *Top 25 Most Populated Cities in the US-poverty Rate 2015*¹⁰ oraz www.censusreporter.org [stan na: 31.07.2017].

Tak więc utrzymujemy się od zakończenia II wojny światowej kryzys ekonomiczny miasta sprawił, że Detroit, będące do połowy XX w. wzorem amerykańskiej przedsiębiorczości, postępu i sukcesu, stało się współcześnie symbolem recesji, degradacji i upadku. Znajduje to wyraz w podkreślonym już fakcie, iż pozostaje ono najbiedniejszym wielkim miastem USA, którego aż 39,8% ogółu mieszkańców żyje poniżej poziomu ubóstwa, a średni dochód na gospodarstwo domowe wynosi zaledwie 25 980 dol. (tab. 3). Ogromna skalę ubożeniowości mieszkańców Detroit potwierdza także okoliczność, iż w grupie ludności w wieku 18 i więcej lat niemal połowa (48,1%) to osoby żyjące poniżej poziomu ubóstwa. Niepokojący jest zarazem utrzymujący się od 2000 r. trend stałego wzrostu odsetka osób żyjących poniżej poziomu ubóstwa (z 26,1% w 2010 r. do 39,8% w 2015 r.). Jest to szczególnie bolesny fakt, gdy, począwszy od lat 70., podejmowane są działania na rzecz zahamowania procesu *urban*

¹⁰ *Top 25 Most Populated Cities in the US-poverty Rate 2015*, dostępne na: www.statista.com [stan na: 31.07.2017].

decay, czego sztandarowym dowodem jest realizacja nowoczesnego zespołu funkcjonalnego centrum o nazwie General Motors Renaissance Center - GMRENCEN. Nowe nadzieje na radykalne, korzystne zmiany władze miasta Detroit wiążą z realizacją wieloletniego planu rozwoju miasta o nazwie *Detroit Future City, 2012 Detroit Strategic Framework Plan*¹¹. Jego założenia zmierzają w perspektywie 2050 r. do budowy „sprawiedliwego miasta”, co planuje się osiągnąć przez wzrost poziomu edukacji mieszkańców i bezpieczeństwa oraz modernizację jego gospodarki i infrastruktury.

Powszechne ubóstwo i bardzo niski poziom edukacji mieszkańców (a 20% ludności legitymuje się zaledwie elementarnym wykształceniem) to jedne z głównych barier na drodze zahamowania procesu *urban decay* i związane z nim bardzo wysokiego wskaźnika przestępczości. Notując wartość 5944 przestępstw na 100 tys. osób planował Detroit na pierwszym miejscu w kategorii miast liczących ponad 500 tys. mieszkańców (w 2015 r.). Detroit zajmuje także pierwsze, niechlubne miejsce w kategorii *American worst city*, uwzględniając takie aspekty jak skala przestępczości, morderstwa, zatrudnienia, warunki zamieszkania oraz poziom życia.

W powyższych okolicznościach, na tle charakterystyki wybranych negatywnych, recesyjnych zjawisk pogłębiających się w fazie *urban decay*, przeprowadzone rozważania na temat przestępczości w latach 2001-2015 stanowią bardziej zrozumiałe zarówno co do skali, jak i rodzajów czynów przestępczych. Okres 2001-2015 wyznacza zarazem najbardziej zaawansowane stadium rozwoju tego procesu, przy jednoczesnym wzroście podejmowanych działań na rzecz jego zahamowania. W sferze bezpieczeństwa-przestępczości zauważalne są w powyższym okresie pozytywne zmiany. Nie zmienia to jednak faktu, że skala przestępczości w Detroit jest wciąż wielokrotnie wyższa w porównaniu z innymi wielkimi miastami USA czy też średni krajów. W przypadku przestępstw z użyciem przemocy wskaźnik ten notuje wartość 1749,5 na 100 tys. osób i był o 4,7 razy wyższy od średniej krajowej (372,6 na 100 tys. osób), natomiast w grupie przestępstw przeciw własności przewyższał on o 11,1 razy średnią krajową (4194,5 na 100 tys. osób w Detroit, przy 337,9 na 100 tys. osób w skali kraju).

¹¹ *Detroit Future City. 2012. Detroit Strategic Framework Plan, Detroit Inland Press, May 2013, dostęp na: www.detroitfuturecity.com [stan na: 24.07.2017].*

Przestępczość w mieście Detroit w zaawansowanej fazie procesu *urban decay* (2001-2015)

Detroit znajduje się współcześnie na najtrudniejszym etapie ekonomicznego i demograficzno-społecznego rozwoju w liczącej ponad 200 lat historii miasta. Za sprawą pogłębionego od lat 50. procesu *urban decay*, który w okresie 2001-2015 wszedł w najbardziej zaawansowaną fazę sprawił, że Detroit charakteryzuje się wśród wielkich miast USA najwyższymi skalami biedy i przestępczości oraz skrajnie wielką destrukcją urbanistycznej tkanki.

To właśnie przestępczość należy do jednych z najbardziej znamienitych następstw wieloletniego pogłębionego kryzysu Detroit oraz reprezentuje istotną barierę w procesie odbudowy i rozwoju demograficzno-gospodarczego miasta.

W tym kontekście wysoki walor poznawczy mają badania pozwalające określić skale i specyfikę zjawiska przestępczości na współczesnym etapie przemian miasta. W świetle przytoczonych komentarzy lata 2001-2015 wyznaczają w historii Detroit najbardziej zaawansowaną fazę procesu *urban decay*, charakteryzującą się przy tym zorganizowanymi działaniami na rzecz zahamowania tego destrukcyjnego procesu oraz odbudowy lub przebudowy jego struktury przestrzenno-funkcjonalnej i demograficzno-społecznej.

Postępowanie badawcze przeprowadzono w układzie dwóch grup przestępstw: z użyciem przemocy oraz przeciw własności. W nawiązaniu do dostępnych danych empirycznych w grupie przestępstw z użyciem przemocy wyróżniono kolejno: zabójstwa, zgwałcenia, rozboje i pobicia. Grupy przestępstw przeciw własności reprezentowały: podpalenia, włamania, kradzieże oraz kradzieże samochodów. W ramach analizy posługiwano się zarówno realnymi liczbami, jak też wskaźnikami przestępczości, ilustrującymi liczbę przestępstw na 100 tys. osób. Mając na uwadze podkreślenie wyjątkowej skali przestępczości, analizę wzbogacono o ogólnokrajowe wskaźniki. Podstawowy materiał empiryczny wykorzystany w niniejszym opracowaniu pozyskano ze źródeł dostępnych w internecie. W przypadku miasta Detroit były to głównie materiały zapisane pod hasłem: „Crime in Detroit”¹², natomiast te dotyczące kraju: „2015 Crime in the United States”¹³.

¹² *Crime Rate in Detroit, Michigan (MI). Murders, Rapes, Robberies, Assaults, Burglaries, Theft, Auto Theft, Arson, Law Enforcement Employees, Police Officers. Crime map*, dostępna na: www.city-data.com [stan na: 1.06.2017].

¹³ *About Crime in the U.S. 2015. By Offense, by Region, by State, by Local Agency*, US

Przestępczość z użyciem przemocy

W okresie badawczym 2001-2015 Detroit utrzymywało w gronie największych miast USA pozycję lidera z punktu widzenia skali przestępczości. Notowało ono zarazem trwały trend spadku zarówno liczby, jak i wskaźnika przestępczości (z 9783,4 do 5944 przestępstw na 100 tys. osób). Były to wartości znacznie przekraczające wartości krajowe, z charakterystyczną dominacją w ich zbiorowości przestępstw przeciw własności. W przypadku Detroit stanowiły one 70,6% ogólnej liczby dokonanych czynów przestępczych (w 2015 r.). Niepokojącym pozostaje równocześnie fakt wzrostu w ogólnej zbiorowości przestępstw tego okresu tych z użyciem przemocy (z 22,8% do 29,4%). Na opinię jednego z najbardziej niebezpiecznych miast USA składa się w przypadku Detroit okoliczność notowania skrajnie wysokich wskaźników zabójstw (43,6 na 100 tys. osób) oraz zgwałceń (78,3 na 100 tys. osób - w 2015 r.), który w pierwszym przypadku cechuje się niemal 9-krotnie wyższą wartością od średniej krajowej (4,9 zabójstw na 100 tys. osób). Ocenia się, że niemal 70% ogólnej liczby zabójstw w Detroit ma swe podłoże w handlu narkotykami i szeroko rozumianej narkomanii. Są to jednocześnie te dwie kategorie przestępstw, które w warunkach silnego spadku liczby mieszkańców zdominowanych przez Afroamerykanów, odnotowują w latach 2001-2015 wyraźny wzrost wskaźników (zabójstwa z 42,1 do 43,6 na 100 tys. osób, natomiast zgwałcenia z 69,5 do 78,3 na 100 tys. osób - tab. 4).

W kategorii rozbojów i pobić Detroit zanotowało bardzo pozytywny trend zmian, polegający na trwałym spadku zarówno liczby, jak i wielkości wskaźnika. Fakt ten sygnalizuje korzystne zmiany w zakresie poziomu bezpieczeństwa w mieście. Podkreślić należy jednocześnie okoliczność, że w przypadku wskaźnika rozbojów, który obniżył się w okresie 2001-2015 z 7560 do 510,5 na 100 tys. osób, jego wartość pozostawała niezmiennie 5-krotnie wyższa od średniej krajowej. Podobny charakter zmian zanotowano w zakresie pobić, należących do najliczniejszych kategorii przestępstw w grupie tych z użyciem przemocy (stanowiły w 2015 r. a 63,9% ich ogólnej liczby). Wskaźnik pobić cechuje także trwały trend spadku (z 1364,2 w 2001 r. do 1117,1 w 2015 r.), przekraczając jednak ponad 4-krotnie średnią krajową.

Tabela 4. Miasto Detroit. Zmiany liczby i wska ników przest pczó ci (na 100 tys. osób) w kategorii przest pstw z u yciem przemocy, na tle wska ników przest pczó ci kraju

Rodzaje przest pstw	2001	2005	2010	2015
Zabójstwa				
Liczba	395	354	310	295
Wska nik przest pczó ci	42,1 (5,6)	39,9 (5,6)	43,4 (4,8)	43,6 (4,9)
Zgwałcenia				
Liczba	652	589	405	530
Wska nik przest pczó ci	69,5 (31,8)	66,4 (31,8)	56,7 (27,7)	78,3 (28,1)
Rozboje				
Liczba	7096	6820	5538	3457
Wska nik przest pczó ci	756,0 (148,5)	769,1 (140,8)	775,8 (119,3)	510,5 (101,9)
Pobicia				
Liczba	12 804	13 477	10 723	7564
Wska nik przest pczó ci	1364,2 (318,6)	1519,9 (290,8)	1502,2 (252,8)	1117,1 (237,8)
Ogólna liczba przest pstw z u yciem przemocy	20 947	21 240	16 976	11 846
Wska nik przest pczó ci	2231,7 (504,5)	2395,4 (469,0)	2378,3 (404,5)	1749,5 (372,6)

* Uwaga: w nawiasach podano warto ci wska ników przest pczó ci w skali kraju.

ródło: opracowanie własne na podstawie www.censusreporter.org oraz *About Crime in the U.S. 2015...*, *op. cit.*

Syntetyzuj c, stwierdzi nale y, e nast pstwem gł bokich, negatywnych przemian zwi zanych z pogł biał cym si w okresie 1950-2015 procesem *urban decay* jest utrzymuj cy si w Detroit bardzo wysoki poziom przest pczó ci w grupie tych najci szych, czyli z u yciem przemocy. W 2015 r. wska nik przest pczó ci w tej kategorii czynów przest pczych, wynosz cy 1749,5 na 100 tys. osób, był 4,7 razy wy szy od redniej krajowej. Stan powy szy dowodzi zatem nikłych efektów podejmowanych od lat 70. wysiłków władz miasta w zakresie rewitalizacji i modernizacji jego ekonomicznej struktury oraz odbudowy silnie zdegradowanej tkanki urbanistycznej.

Przest pczó przeciw własno ci

Utrzymuj cy si i pogł biaj cy od lat 50. wysoki poziom ubóstwa mieszka ców Detroit determinuje rozwój zespołu negatywnych zjawisk, sprzyjaj cych zachowaniu wysokiego stopnia przest pczó ci przeciw mieniu. Do grupy znamiennych okoliczno ci nale y bardzo niska warto nieruchomo ci, które opuszczone, silnie zniszczone s powszechnie przedmiotem grabie y, wandalizmu i licznych podpale . Powy sze okoliczno ci sprawiaj , e w kategorii przest pstw przeciw własno ci, współczynnik podpale w Detroit w 2015 r., notuj cy warto 124,4 na 100 tys. osób, był niemal 24-krotnie wy szy od redniej krajowej (5,2 na 100 tys. osób - tab. 5). Podkre li nale y, e wska nik w tej kategorii przest pstw osi gn ł w latach 2001-2015 najwy szy wzrost w zespole wszystkich czynów przest pczych, co w po łczeniu z utrzymuj cym si wysokim wska nikiem zabójstw, czyni z Detroit najniebezpieczniejszym wielkim miastem USA. Powy szy stan znajduje wyraz w powszechnej obecno ci w krajobrazie miasta opuszczonych domów mieszkalnych, komercyjnych budowli oraz niezliczonych pogorzeliisk.

Podkre li nale y, e rozwijane w okresie 2001-2015 trendy zmian liczby badanych rodzajów przest pstw w przypadku silnie wyludniaj -cego si Detroit wypaczaj rzeczywisty obraz skali przest pczó ci. Jej wła ciwa ocena oparta by musi na analizie wska ników przest pczó ci oraz ich konfrontacji z krajowymi współczynnikami.

W tej grupie przest pstw znamienny jest fakt trwałego trendu spadkowego wska ników we wszystkich ich rodzajach. I tak w przypadku włama wska nik przest pczó ci obni ył si o 28,2% (z 741,8 w 2001 r. do 491,4 na 100 tys. osób w 2015 r.), przewy szaj c 2,4 razy redni krajow . Najbardziej korzystnie w ubo ej cym i wyludniaj cym si Detroit kształtowały si wska niki kradzie y. Notuj ce generalnie spadek warto ci z 3155 do 2144,9 na 100 tys. osób (spadek o 32%) zachowały swoj nadwy k w stosunku do redniej krajowej na poziomie 1,3 razy.

Do grupy znamiennych, pozytywnych trendów zaliczy nale y spadek w latach 2001-2015 zarówno liczby (a o 239,4%), jak i wska nika kradzie y samochodów (o 26,7%). Powy szy trend zmian determinowany był w zasadniczym stopniu nie tylko silnym spadkiem liczby mieszka ców, lecz przede wszystkim wzrostem liczby gospodarstw domowych bez samochodu (aktualnie a 22% ogółu gospodarstw domowych nie posiada samochodu). Pomimo to kradzie tych pojazdów utrzymuje si na bardzo wysokim poziomie, gdy notowany współczynnik rz du 770,3 na 100 tys. osób jest niemal 3,5-krotnie wy szy od redniej krajowej (220,2 na 100 tys. osób).

Tabela 5. Miasto Detroit. Zmiany liczby i wskaźników przestępczości (na 100 tys. osób) w kategorii przestępstw przeciw własności, na tle wskaźników przestępczości kraju

Rodzaje Przestępstw	2001	2005	2010	2015
Podpalenia				
Liczba	1634	936	1082	842
Wskaźnik przestępczości	174,1 (111,3)	105,6 (8,6)	151,6 (6,8)	124,4 (5,2)
Włamania				
Liczba	15 096	15 304	17 090	7820
Wskaźnik przestępczości	1608,4 (741,8)	1726,0 (726,9)	2394,2 (701,0)	1154,9 (491,4)
Kradzieże				
Liczba	29 613	17 383	18 095	14 523
Wskaźnik przestępczości	3155,0 (2485,7)	1960,4 (2287,8)	2535,0 (2005,8)	2144,9 (1175,4)
Kradzieże samochodów				
Liczba	24 537	21 285	12 602	5216
Wskaźnik Przestępczości	2614,2 (430,5)	2400,5 (416,8)	1765,5 (239,1)	770,3 (220,2)
Ogólna liczba przestępstw przeciw własności	70 880	54 908	48 869	28 401
Wskaźnik przestępczości	7551,7 (515,9)	6192,4 (477,9)	6846,3 (411,3)	4194,5 (377,9)

* Uwaga: w nawiasach podano wartości wskaźników przestępczości w skali kraju.

Źródło: opracowanie własne na podstawie www.censusreporter.org oraz *About Crime in the U.S. 2015...*, *op. cit.*

Generalnie od początku XXI w. przestępczość przeciw własności w mieście Detroit notuje relatywnie rekordowo wysokie wskaźniki w porównaniu do wartości krajowych. W 2015 r., który należy do jednych z najbardziej bezpiecznych w tym względzie, notowany współczynnik przestępstw przeciw własności, w wysokości 4194,5 na 100 tys. osób, był ponad 11-krotnie wyższy w porównaniu z wartością ogólnokrajową (377,9 na 100 tys. osób). Z tych to głównie powodów Detroit znajduje się niezmiennie od lat w czołówce wielkich miast USA uznawanych za najbardziej niebezpieczne. Jest to niewątpliwie następstwo pogłębienia się procesu *urban decay* oraz związanego z nim powszechnego,

poł białego si ubóstwa jego mieszkańców, zdominowanych przez Afroamerykanów.

Podsumowanie

Post powanie badawcze dowodzi jednoznacznie, e poł białego si od lat 50. proces *urban decay*, b d cy generalnie konsekwencj utrzymuj - cego si kryzysu gospodarczego miasta Detroit, znajduje wyraz w skrajnie wysokim poziomie przest pczo ci.

Wska niki przest pczo ci we wszystkich rodzajach przest pstw przewy szaj tu wielokrotnie te notowane w skali kraju, osi gaj c najwyższe warto ci w przypadku zabójstw (43,6 na 100 tys. osób przy redniej krajowej 4,9 na 100 tys. osób) oraz rozbojów i pobi , przewy - szaj cych rednio 5 razy warto ci ogólnokrajowe.

Ponadto konsekwencj ogromnej skali emigracji białych, zamo - niejszych mieszkańców miasta oraz wzrostu populacji słabych ekonomicznie Afroamerykanów jest systematyczne zubo enie ludno ci (a 39,8% ogółu ludno ci yje poni ej poziomu ubóstwa - 2015 r.). Sprzyja to bardzo cz stemu łamaniu prawa zarówno w kategorii przest pstw z u yciem przemocy, jak i przeciw mieniu. W tym ostatnim przypadku wska nik przest pczo ci w Detroit przewy sza 11-krotnie współczynnik notowany w skali kraju, na co składa si głównie ogromna liczba podpale opuszczonej i silnie zdegradowanej zabudowy mieszkaniowej (124,4 podpale na 100 tys. osób, przy redniej krajowej 5,2 na 100 tys. osób - 2015 r.).

Utrzymuj ce si od lat wysokie wska niki przest pczo ci, za spraw których Detroit nale y do najbardziej niebezpiecznych wielkich miast USA, stanowi jedn z głównych determinant utrzymuj cego si kryzysu gospodarczego miasta oraz procesu jego wyludniania.

Marcin Pieni ek

Obiektywno tekstu prawnego wobec poj cia autonomii semantycznej. Uwagi do teorii Paula Ricreura¹

Wprowadzenie

Zagadnienie obiektywnego znaczenia tekstu prawnego jest przedmiotem szerokiego zainteresowania prawoznawstwa, m.in. w kontek cie problematyki wykładni i stosowania prawa². Celem niniejszego artykułu jest spojrzenie na tytułowe zagadnienie z perspektywy wprowadzonego przez Paula Ricreura poj cia autonomii semantycznej tekstu. Powi zanie poj obiektywno ci i autonomii jest uzasadnione m.in. z uwagi na ich definicyjne pokrewie stwo, gdy pierwsze oznacza „istnienie niez-

¹ Niniejszy artykuł jest polskoj zyczn wersj tekstu *The Objectivity of the Legal Text in View of the Concept of Semantic Autonomy. Comments on Paul Ric&urs theory*, opublikowanego w monografii *Diverse Narratives of Legal Objectivity. An Interdisciplinary Perspective*, eds V. Breda, R. Rodak, Frankfurt 2016, s. 113-136.

² Por. J. Wróblewski, *Legal Language and Legal Interpretation*, „Law and Philosophy” 1985, Vol. 4, No. 2, *Legal Reasoning & Legal Interpretation*, s. 239-255; M. Zieli ski, *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Pozna 1972, s. 85; W. Cyrul, *Legal Drafting. From Text to Hypertext*, [w:] *Law and Legal Cultures in the 21st Century. Diversity and Unity*, ed. M. Pieni ek, Kraków 2009, s. 14 i nast. Problematyka wykładni i stosowania prawa zostanie poj ta w pkt 2 i 4.

le nie od poznaj cego podmiotu”³, za drugie „samodzielno i niezale no ”⁴. Z kolei po ró d licznych definicji tekstu prawnego zwraca uwag ta głośz ca, i jest to „sko czony ci g wypowiedzi j zykowych, wytworzony w przewidzianej prawnie formie przez autora umocowanego do prawotwórstwa, relatywnie kompletny i wewn trznie koherentny, opublikowany w sposób prawnie uregulowany, którego podstawowym trybem illokucyjnym⁵ jest normowanie”⁶.

Zarysowane ni ej pogl dy Ricreura, rozwijane na pograniczu hermeneutyki i analitycznej filozofii j zyka⁷, pozwalaj na wyj cie ze lepej uliczki, jak w naukowym prawoznawstwie stało si uto samienie obiektywno ci tekstu prawnego z jego jednoznaczno ci . Nale y przypomnie , i postulowane przez pozytywizm prawniczy metody interpretacji, oparte na tezie o niezmiennym znaczeniu aktu normatywnego, doprowadziły do utraty elastyczno ci stosowania prawa. Retorsja paradygmatu pozytywistycznego zaowocowała z kolei skrajnie subiektywistycznymi i intuicjonistycznymi metodami interpretacji postulowanymi przez niektóre nurty hermeneutyczne, stwarzaj c niebezpiecze stwo utraty intersubiektywnej komunikowalno ci znacze tekstu prawnego i pewno ci stosowania prawa⁸.

³ Za: *Uniwersalny słownik polskiego PWN*, t. K-Ó, red. S. Dubisz, Warszawa 2008, s. 1054. ró dło słów przmiotnika „obiektywny” to pó no łaci skie *obiectio* - „pow ci gni cie”. Za: W. Kopali ski, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcoj zycznych z almanachem*, Warszawa 2006, s. 403.

⁴ Za: *Uniwersalny słownik polskiego PWN*, t. A-J, *op. cit.*, s. 156. ró dło słów przmiotnika „autonomiczny” to greckie *C(UTOVO/U.a* - „samorz dny; niezale ny”. Za: W. Kopali ski, *Słownik wyrazów obcych...*, *op. cit.*, s. 54.

⁵ Poj cie trybu illokucyjnego w rozumieniu J.L. Austina. Por. *idem*, *How to do Th ings with Words*, Cambridge (MA) 1975, s. 98-132.

⁶ Za: R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Teoria prawa*, Kraków 1996, s. 72. Słownikowo tekst definiowany jest jako „ci g zapisanych słów i zda składaj cych si na pewn cało , wyra aj c okre lone tre ci”. Za: *Wielki słownik wyrazów obcych*, red. M. Ba ko, Warszawa 2003, s. 1240. ró dło słów rzeczownika „tekst” to według redniowiecznej łaciny *textus* - „tekst, ust p, werset”, pochodzi cy z łaci skiego *textilis* - „utkany”. Za: W. Kopali ski, *Słownik wyrazów obcych...*, *op. cit.*, s. 569. Por. T. Dobrzy ska, *Tekst. Próba syntezy*, Warszawa 1993. Por. J. Conklin, *A Survey to Hypertext*, „MCC Technical Report” 1987, s. 356-386.

⁷ O uzasadnieniu podj tej eksploracji pogranicza hermeneutyki i analitycznie zorientowanej szkoły j zyka potocznego (*ordinary language philosophy*): P. Ricœur, *From Existentialism to the Philosophy of Language*, „Criterion 10” Spring 1971, No. 3, s. 18.

⁸ Na temat wad i zalet recepcji hermeneutyki w filozofii prawa: J. Stelmach, B. Broek, *Metody prawnicze*, Kraków 2004, s. 232-235.

W związku z tym w artykule, na fundamencie poglądów Ricœur'a, sformułowana jest koncepcja trzeciej drogi myślenia o pojęciu obiektywności tekstu prawnego. Przede wszystkim nawiązuje ona do hermeneutyki tekstów literackich, wpisując tytułowe zagadnienie w paradygmat nauk humanistycznych⁹. Równocześnie nie jednak proponowana koncepcja autonomii semantycznej tekstu prawnego czerpie z lingwistycznej analizy strukturalnej, wyznaczając horyzont subiektywnej interpretacji. Podstaw prowadzonego wywodu stanowi pogląd Ricœur'a zarysowane m.in. w pracach *Speaking and writing; The Model of the Text. Meaningful Action Considered as a Text; The Hermeneutical Function of Distanciation* oraz *Reflections on the Just*.

Artykuł podzielony jest na cztery punkty. W punkcie pierwszym - z perspektywy poglądów Ricœur'a - omówione jest pojęcie tekstu, ze szczególnym uwzględnieniem różnic, występujących między spisany tekst a żywym dyskursem. Punkt drugi przybliża pojęcie autonomii semantycznej tekstu, dyskutowane przez Ricœur'a w kontekście autora, pierwotnego adresata, oraz socjopsychologicznych uwarunkowań powstania tekstu. W punkcie trzecim naszkicowane są poglądy filozofa na strukturę tekstu, stanowiąc przesłankę jego obiektywności, a także na rolę odgrywaną przez gatunki literackie w obiektywizacji znaczenia tekstu. Punkt czwarty wprowadza pojęcia referencji oraz ikonicznego zwielokrotnienia, modelujące autonomię świata, otwieranego przez tekst. W każdym z punktów poglądów Ricœur'a odnoszone są do specyficznych właściwości tekstu prawnego, co - na gruncie proponowanego paradygmatu - ma pozwolić na określenie istoty i wyznaczenia granicy jego obiektywności.

1. Pojęcie tekstu i dyskursu wobec specyfiki tekstu prawnego

W prawoznawstwie wskazuje się specyficzne cechy, którymi odznacza się tekst prawny na tle innych rodzajów tekstów. Ryszard Sarkowicz i Jerzy Stelmach umieszczają między nimi: 1) szczególny język, zwany językiem prawnym¹⁰; 2) ubogą formę literacką, wymuszoną przez dba-

⁹ Obszernie na temat specyfiki tekstu prawnego na tle teorii literatury: M. Galdia, *Legal Linguistics*, Frankfurt 2009, s. 247-270.

¹⁰ T. Studnicki-Gizbert twierdzi, że język prawny jest wyjątkowym rejestrem języka etnicznego. Por. *idem*, *Język prawny a język prawniczy*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Prawnicze” 1972, z. 55; *idem*, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego”.

ło o precyzji; 3) sformalizowan i rozbudowan struktur (z podzialem na artykuły, paragrafy *etc.*); 4) szczególnie koncepcji autora tekstu prawnego - racjonalnego prawodawcy; 6) sproceduralizowane techniki interpretacyjne. Cechy te pozostaj w cislej korelacji z tematem tekstu prawnego, jakim jest normowanie ludzkich zachowa istotnych społecznie^{*1}.

Badania Paula Ricœura otwieraj przed prawoznawstwem mo liwo nowego spojrzenia (*insight?*) na specyfik tekstu prawnego. Zagadnienie tekstu jest bowiem szeroko dyskutowane przez filozofa, który uznaje je za kluczowy problem hermeneutyki¹². Ricœur wylicza pi *features*, które *constitute the criteria of textuality*: „1) the realization of language as discourse; the realization of discourse as structured work; 3) the relation of speaking to writing in discourse and in the works of discourse; 4) the work of discourse as the projection to the world; 5) discourse and the work of discourse as the mediation of self-understanding”¹³.

Specyficzne wła ciwo ci dzieła (*work*)¹⁴, jakim jest tekst, Ricœur omawia w korelacji z zagadnieniem dyskursu oraz hermeneutycznej dialektyki zdarzenia i znaczenia¹⁵. Filozof twierdzi, e fundamentalna ró nica mi dzy dyskursem a tekstem zasadza si na odmiennie ci ywey mowy i utrwalonego pisma¹⁶. Zapis skutkuje bowiem utrat wspólnego „tu i teraz” uczestników dialogu i powoduje oddalenie znaczenia zapisywanych słów od konkretnego zdarzenia dyskursu. W zwi zku z tym hermeneutyczna dialektyka zdarzenia i znaczenia (*event and meaning*), w opinii filozofa, wyja nia mechanizm przej cia od mowy do pisma¹⁷.

Prace z Nauk Politycznych” 1986, z. 26; Z. Ziemi ski, *Le langage du droit et le langage juridique. Les criteres de leur discrettement*, „Archives de Philosophie du Droit” 1974, t. 19.

¹¹ R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Teoria prawa...*, *op. cit.*, s. 70-79.

¹² P. Ricœur, *Task of Hermeneutics*, [w:] *Hermeneutics and the Human Sciences*, ed. J.B. Thompson, Cambridge 1981, s. 44.

¹³ *Idem*, *The Hermeneutical Function of Distanciation*, [w:] *From Text to Action. Essays in Hermeneutics*, Evanston 2007, s. 76.

¹⁴ Co do poj cia dzieła (*work*) zob. *ibidem*, s. 80.

¹⁵ *Ibidem*, s. 77.

¹⁶ Konieczny zwi zek mi dzy hermeneutyk , tekstem i pismem filozof ujmuje nast puj co: „To the extent that hermeneutics is text-orientated interpretation, and inasmuch as texts are, among other things, instances of written language, no interpretation theory is possible that does not come to grips with the problem of writing”. Za: P. Ricœur, *Speaking and Writing*, [w:] *Interpretation Theory. Discourse and the Surplus of Meaning*, Fort Worth 1976, s. 25.

¹⁷ *Ibidem*.

Przemijalność zdarzenia dyskursu rodzi pytanie o metodę utrwalenia jego znaczenia. Dlatego, nawiązując do teorii rosyjskiego językoznawcy Romana Jakobsona (zarysowanej w artykule *Linguistics and Poetics*)¹⁸, Ricœur wskazuje, że różnica między mową a pismem dotyczy stosunku określonego przekazu do jego medium (kanału)¹⁹. Przy okazji Ricœur stwierdza, że zapis „alfabetu, słownika czy gramatyki” ma charakter słowny w stosunku do właściwego przedmiotu utrwalenia, tj. dyskursu. Język stanowi bowiem pozaczasowy system, czyli w przeciwieństwie do dyskursu nie jest zdarzeniem²⁰.

Filozof pisze szerzej o roli pisma jako medium utrwalenia wyżej mowy, sygnalizując implikacje dotyczące prawa. Zdaniem Ricœurą skala zmian społecznych i politycznych związanych z wynalazkiem pisma unaocznia, że pismo jest czymś więcej niż tylko „materialnym utrwaleniem” dyskursu. Filozof zwraca uwagę, że mimo liwo przenoszenia informacji na dużą odległość bez poważniejszych zniekształceń pozostaje w korelacji z narodzinami władzy politycznej, podobnie, jak „zapis reguł rachunkowości” wiąże się z początkiem gospodarki, zaś „powstanie archiwów z początkiem historii”. Co ważniejsze Ricœur stwierdza, że zapisywanie praw jako wzorców wyrokowania niezależnych od opinii poszczególnych sędziów warunkowało „narodziny sprawiedliwości i kodeksów prawnych”. Skala wskazanych skutków społecznych skłania filozofa do konstatacji, że pismo, utrwalając dyskurs, nie tylko chroni go przed zniszczeniem, lecz także modyfikuje radykalnie jego funkcje komunikacyjne²¹. Dlatego Ricœur podkreśla, że dyskurs i tekst to fenomeny o zasadniczo odmiennej specyfice, *inter alia* dlatego że relacja pismo-czytanie różni się od relacji mówienie-słuchanie²². O ile bowiem dyskurs mówiony dotyczy podmiotów określonych przez sytuację dialogu, o tyle tekst pisany jest skierowany do nieznanego czytelnika, czyli potencjalnie do każdego, kto umie czytać. Wprawdzie, zdaniem Ricœurą, istnieje ograniczenie potencjalnie uniwersalnego kręgu adresatów tekstu, wynikające ze społecznego charakteru odbioru czytelniczego,

¹⁸ R. Jakobson przyporządkował sześć wyróżnionych czynników uczestniczącym w komunikowaniu dyskursu: mówcy, słuchaczowi, medium lub kanałowi, odpowiednio sześć funkcji: emotywną, kontaktywną, faktyczną, metajęzykową, referencyjną oraz poetycką. Por. R. Jakobson, *Linguistics and Poetics*, [w:] *Style in Language*, Cambridge (MA) 1960, s. 350-377.

¹⁹ P. Ricœur, *Speaking and Writing...*, *op. cit.*, s. 26.

²⁰ *Ibidem*, s. 27.

²¹ *Ibidem*, s. 28.

²² *Ibidem*, s. 29.

lecz równocześnie nie twierdzenie, że tekst jest skierowany do każdego, zachowuje się jako granica wszelkiej socjologii czytania²³.

W przekonaniu filozofa uniwersalizacja odbioru stanowi jeden z najbardziej uderzających, a równocześnie paradoksalnych, skutków pisma. Dyskurs spisany – właściwie przez to, że zyskuje on niekiedy materialny – w opinii Ricreura staje się bardziej duchowy, bardziej wolny od ograniczeń sytuacji bezpośredniego kontaktu między partnerami procesu komunikacji²⁴. Specyfika tekstu polega więc na tym, że w oderwaniu od ograniczonej sytuacji dialogu kreuje on nowe kręgi swoich adresatów. W ten sposób, jak pisze filozof, dzieło może poszerzać zakres komunikacji lub też tworzyć jej nowe odmiany; dlatego też zakres recepcji tekstu nie daje się przewidzieć i pozostaje otwarty²⁵. Powyższa konstatacja stanowi podstawę tezy o autonomicznym istnieniu tekstów (dzieł) w rzeczywistości społecznej.

Należy wskazać, że przytoczone poglądy Ricreura rzucają światło na kluczowe cechy prawa stanowionego, widoczne w szczególności w kontekście dyskursu prawniczego. Filozof wskazuje trafnie, że spisanie prawa jest ściśle skorelowane z jego uniwersalizującym obowiązywaniem, co od średniowiecza wyraża sentencja *lex non obligat nisi promulgata*²⁶. Nawijając do hermeneutycznej dyalektyki zdarzenia i znaczenia, powiedzmy, że znaczenie normatywne uniezależnia się od zdarzenia prawotwórczego przez kanał przekazu, jakim jest prawo stanowione. Innymi słowy, skodyfikowane prawo odrywa się od wszelkich partykularnych dyskursów, stanowiąc przesłankę przyjęcia nowej ustawy i otwierając na nieograniczoną liczbę przyszłych odczytów i zastosowań.

Również uwaga filozofa o bardziej duchowym charakterze tekstu, uwolnionego od ograniczonej konkretnej sytuacji dialogu, ma odzwierciedlenie w abstrakcyjnej i generalnej charakterystyce normy prawnej, wyinterpretowanej z tekstu prawnego. Wskazane przez Ricreura uwolnienie dotyczy w tym przypadku zerwania bezpośredniego kontaktu między prawodawcą a adresatem tekstu prawnego. W rezultacie normy

²³ Ricreur pisze: „This universality is only potential. In fact, a book is addressed to only a section of the public and reaches its appropriate readers through media that are themselves submitted to social rules of exclusion and admission. In other words, reading is a social phenomenon, which obeys certain patterns and therefore suffers from specific limitations”. Za: *ibidem*, s. 31.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Zasada ta została wyrażona *expressis verbis* przez św. Tomasza z Akwinu w *Summa Theologiae*. Za: *Łacińska terminologia prawnicza*, red. J. Zajadło, Warszawa 2009, s. 43.

typu „kto z winy swej wyrzucił drugiemu szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia” są otwarte na nieskończoną liczbę zastosowań i obejmują coraz to nowe kręgi adresatów. Równocześnie nie bogactwo okoliczności powoduje, że zakres odniesienia norm wobec rzeczywistości jest nieograniczony²⁷.

Zwraca uwagę, że współczesny prawodawca, określając szeroko zakres podmiotowy i przedmiotowy ustawy, nie rości sobie pretensji do przewidzenia wszystkich możliwych odniesień komunikatu normatywnego. Wręcz przeciwnie – niekazuistyczne, abstrakcyjne i generalne określenie zakresu normowania tekstu prawnego ma na celu jego otwarcie na najszerszy krąg stanów faktycznych. Dlatego te spisanie prawa skutkuje autonomizacją tekstu prawnego wobec prawodawcy, presuponowanego adresata, a także psychospołecznych uwarunkowań stanowienia prawa w pewnym miejscu i czasie.

2. Pojęcie autonomii semantycznej tekstu prawnego

O czym była mowa wyżej, w opinii Ricreura spisanie dyskursu powoduje, iż pierwotna intencja autora i znaczenie tekstu zaczynają się rozbiegać. Ricreur podkreśla, że dzięki zapisowi tekst zyskuje szczególny cech – autonomię semantyczną, która jest konsekwencją zerwania związku między mentalną intencją autora a słownym znaczeniem tekstu. Autonomia semantyczna wyraża się zatem w tym, że znaczenie tekstu przekracza autorski zamysł, zaś losy tekstu wymykają się ze skończonego horyzontu, w którym autor żył²⁸. Z tego też względu, zdaniem filozofa, trzeba odkryć i objąć tekst nie w relacji do autora, lecz pod kątem jego immanentnego znaczenia i rzeczywistości, którą prezentuje i odsłania²⁹.

Wskazywana specyfika tekstu prawnego, a zwłaszcza abstrakcyjny i generalny charakter norm prawnych, prowadzi do przekroczenia przezze (*to transcend*) skończonego horyzontu prawodawcy, uwarunkowanego przez okoliczności miejsca i czasu tworzenia prawa. Przekroczenie to, będące wyrazem autonomii semantycznej tekstu prawnego, umożliwia odsłanianie przed coraz to nowymi kręgami jego adresatów normatywnej propozycji wiata powinno ci prawnych³⁰. Pytanie o propozycję

²⁷ Zagadnienie to zostało rozwinięte w pkt 4.1 w kontekście aspektu deskryptywnego referencji normatywnej.

²⁸ P. Ricreur, *Speaking and Writing*, *op. cit.*, s. 30.

²⁹ *Idem*, *Task of Hermeneutics*, *op. cit.*, s. 53.

³⁰ Zagadnienie wiata tekstu Ricreur omawia w tekście: *The Hermeneutical function*, *op. cit.*, s. 84-86.

wiata odsłanianego przez tekst wi e si bezpo rednio z zagadnieniem interpretacji i sytuuje na pierwszym planie kwestie znaczenia tekstu, który utracił zakorzenienie w historycznym zdarzeniu odautorskiego zapisu. W teorii prawa zagadnienie to posiada szczególne znaczenie z uwagi na koncepcje wykładni autentycznej i historycznej, które wi norm prawn z aktem woli historycznie rozumianego suwerena i kład nacisk na znaczenie tekstu, ustalone przez legislatora. Uważam, że w prawoznawstwie perspektywa wykładni autentycznej i historycznej nie może być całkowicie odrzucona, co najmniej z uwagi na rolę odgrywaną w interpretacji przez *ratio legis* danej regulacji prawnej, o czym poniżej). Również w przekonaniu Ricreura oderwanie czytelniczej interpretacji od oryginalnego zamysłu autora nie może prowadzić do wniosku, że znaczenie autorskie jest całkowicie pozbawione sensu. Ricreur podnosi ten problem, nawijając ponownie do hermeneutycznej dialektyki zdarzenia i znaczenia. Zdaniem filozofa brak dialektyki między intencjonalnym zdarzeniem zapisu a znaczeniem tekstu skutkowałby albo przeakcentowaniem zamysłu autora jako przesłanki interpretacyjnej (*intentional fallacy*³¹), albo absolutyzacją tekstu, to jest hipostazowaniem go jako bytu niemającego autora³². Innymi słowy, błęd polegałby na niedostrzeżeniu autonomii tekstu albo na zapomnieniu o tym, że jest on dyskursem wypowiedzianym przez kogoś do kogoś innego i o czym³³. Z tego powodu, w opinii Ricreura, problem relacji autor-przekaz w każdym razie nie może być zlekceważony i usunięty poza nawias wewnętrzej dialektyki autonomii semantycznej.

W przypadku autonomii semantycznej tekstu prawnego powstaje dialektyka uwzględnienia pewnych szczególnych założeń, dotyczących zarówno autora-prawodawcy, jak i odautorskiego znaczenia tekstu prawnego.

W moim przekonaniu jest to, po pierwsze, idealizacyjne założenie o racjonalności prawodawcy, będące przesłanką interpretacyjną tekstu prawnego, która nie przesłania treści wyinterpretowanej normy prawnej, lecz w ogóle umożliwia przyjęcie koherentnej wizji świata prawników.

Po drugie, założeniem takim jest określony przez autora-prawodawcę tryb illokucyjny tekstów prawnych, który ma na celu kształtowanie ludzkiego działania³⁴. Należy dodać, że Ricreur w swoich pracach po-

³¹ Ricreur posługuje się tu pojęciami zastosowanymi przez W.K. Wimsatt. Por. *idem*, M.C. Beardsley, *Intentional Fallacy*, [w:] *The Verbal Icon. Studies in the Meaning of Poetry*, Lexington (KY) 1954, s. 3-19.

³² P. Ricreur, *Speaking and Writing...*, *op. cit.*, s. 30.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Por. przypis 4.

wi conych teorii narracji rozwinął dialektyk opisywania, nakazywania i działania; na tym tle specyfika tekstów prawnych wyraża się w zdecydowanym wysunięciu na plan pierwszy aspektu normatywnego, zwanego z nakazywaniem, jako elementu modyfikującego autonomię interpretacji tego podmiotu³⁵.

Po trzecie, pomijając przypadki całkowicie dowolnej, „oderwanej” interpretacji istotne założenie stanowi *ratio legis* tekstu prawnego, które pełni funkcję moderującą w dialektyce autora i przekazu. *Ratio legis* nie przesądza rezultatu interpretacji, lecz sugeruje normatywny horyzont dialektyki zdarzenia, czyli stanowienia prawa i znaczenia, tj. wejścia przez interpretatora w świat powinności prawnych. Podobną rolę odgrywa preambuła aktów normatywnych, ujawniająca intencje autora tekstu prawnego, należące do sfery polityki prawa.

Zatem dzięki domniemaniu racjonalności prawodawcy, ustaleniu trybu illokucyjnego przekazu oraz wskazaniu *ratio legis* tekst prawny, choćby własnym trybem, pozostaje dyskursem wypowiedzianym „przez kogoś, po coś, i o czym”. Powyższe uwagi wskazują, że autonomia semantyczna tekstu prawnego może być uznana za szczególny przypadek ogólnej teorii autonomii semantycznej w rozumieniu Ricœur’a. W ten sposób został rozwinięty poniżej, w kontekście rozwoju prowadzonych przez George’a H. Taylora. Być może tak jest tekst prawny zasługuje na to, by z uwagi na swe osobliwość być uznanym za obiektywnie odmienny gatunek literacki (kwestia ta została podniesiona w punkcie 3.2).

Zdaniem Ricœur’a autonomia semantyczna tekstu posiada dwa dalsze, istotne wymiary (*dimensions*). Oznacza ona nie tylko niezależnienie znaczenia tekstu („from the author's intention [*intentional horizon*]”), lecz także od pierwotnie zamierzonego adresata („[from its original audience] as well as from the cultural and sociological conditions of the text's production”³⁶). Autonomia semantyczna tekstu wobec presupozowanego kręgu adresatów przejawia się w kolejnych przypadkach odwołania świata tekstu, których oryginalność wynika z noetyki nowych

³⁵ W świetle poglądów Ricœur’a interpretacja prawnicza zaczynałaby się od nakazywania i przechodziła przez opisywanie stanu faktycznego ku działaniu adresata normy prawnej, tworząc strukturę hermeneutycznego sylogizmu prawniczego. Por. pkt 4.

³⁶ Artykuł G.H. Taylora jest unikalnym przykładem odniesienia poglądów Ricœur’a do zagadnienia stosowania prawa, w szczególności interpretacji konstytucji przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych. Por. G.H. Taylor, *Ricœur and Law. The Distinctiveness of Legal Hermeneutics*, ed. S. Davidson, London 2010, s. 86.

interpretatorów³⁷. Jak pisze Ricœur, do znaczenia tekstu należy, że jest on otwarty dla nieskończonej liczby czytelników i tym samym dla wielorakich interpretacji³⁸. Dlatego filozof twierdzi, że problem przyswojenia znaczenia tekstu jest równie paradoksalny jak problem jego autorstwa. Paradoks ów przyjmuje postać hermeneutycznego konfliktu³⁹, gdy uprawnienia czytelnika i uprawnienia samego tekstu cierają się w doniosłej walce, która steruje całą dynamiką interpretacji⁴⁰. W związku z tym, jak pisze Ricœur, istotą autonomii tekstu pozostaje dialektyczność adresu, który jest zarazem uniwersalny i przypadkowy. Filozof uważa, że chociaż z jednej strony - autonomiczny tekst tworzy coraz to nowe kręgi odbiorców, to z drugiej - dopiero ich reakcja nadaje tekstowi „właściwość i znaczenie”, gdy otwiera wiat tekstu (referencję)⁴¹.

Trudno o lepszy przykład „uniwersalnego i przypadkowego” adresata tekstu niż okrelony abstrakcyjnie, czy stokrotnie zaimkiem „kto”, adresat normy prawnej⁴². Nawet, jeżeli ustawa kreuje krąg adresatów, posługując się nazwami rodzajów, tak jak „osoba fizyczna”, „obywatel”, „partia polityczna” czy „sędzia”, zakres podmiotowy jej normowania podlega ciągłej aktualizacji. Dynamizm tej zmiany zwielokrotnia generalne określenie zakresu przedmiotowego, tj. okoliczności normowania. Zatem dialektyczność adresata i okoliczności jest w nowoczesnym prawodawstwie z góry założona. Właściwość tekstu prawnego, realizująca w pełni dyskutowany wymiar autonomii semantycznej. Równocześnie nie uważa Ricœur o nadaniu tekstowi właściwości przez reakcję odbiorców znajduje modelowe odzwierciedlenie w procesie stosowania prawa. Przestrzeganie norm prawnych przez zindywidualizowanego adresata, ich stosowanie w konkretnych okolicznościach jest miarą znaczenia tekstu prawnego i dowodem skuteczności jego illokucyjnych aspiracji. Należy dodać, że gdy Ricœur pisze o hermeneutycznym konflikcie uprawnień czytelnika i tekstu, dialektyka uniwersalizującej normy i konkretnego

³⁷ Por. P. Ricœur, *The Hermeneutical Function*, *op. cit.*, s. 84-86.

³⁸ *Idem*, *Speaking and Writing*, *op. cit.*, s. 31-32.

³⁹ Por. tytuł zbioru artykułów Ricœur - *The Conflict of Interpretations*, ed. D. Ihde, Evanston (IL) 2004.

⁴⁰ P. Ricœur, *Speaking and Writing*, *op. cit.*, s. 32.

⁴¹ *Ibidem*, s. 31.

⁴² Por. art. 148 kodeksu karnego; art. 415 kodeksu cywilnego *etc.* W polskim prawodawstwie zaimek „kto” jest najszerszym sposobem określenia zakresu podmiotowego normowania, wskazanym w Zasadach techniki prawodawczej. Por. zarządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie Zasad Techniki Prawodawczej (Dz.U. z 2002 r. Nr 100, poz. 908) - § 144 ust. 1. Jeżeli norma ma być adresowana do konkretnej osoby fizycznej, adresata tej normy wskazuje się wyrazem „kto”.

przypadku dotyczy zagadnienia sylogizmu prawniczego. Problem ten został przez Ricreura omówiony m.in. w książce *Reflections on the True Just*, gdzie w bezpośrednim komentarzu do sylogizmu praktycznego Ronalda Dworkina filozof poruszył kwestię harmonizowania uniwersalizującej narracji tekstu prawnego i narracji konkretnego przypadku w procesie interpretacyjno-argumentacyjnym⁴³.

Autonomia semantyczna przejawia się także w przekroczeniu (*transcendence*) przez tekst socjopsychologicznych uwarunkowań jego powstania i otwarciu na nieograniczone ciągi odczytań, usytuowanych w nowych, zmieniających się stale kontekstach. Ricreur pisze, że tekst dekontekstualizuje się (*decontextualises itself*) z psychologicznego i socjologicznego punktu widzenia, a następnie podlega rekontekstualizacji (*recontextualises itself*) w akcie czytania⁴⁴. W przypadku tekstu prawnego rekontekstualizacja polega m.in. na przekroczeniu w akcie interpretacji pierwotnego, ideologicznego ufundowania ustawy, które umożliwia autonomiczne trwanie kodyfikacji bez względu na zmienne konteksty władzy politycznej. Należy wyjaśnić, że zdaniem Ricreura założyła ona ideologiczna perspektywa ogranicza perspektyw wiata, który tekst może otworzyć przed czytelnikiem (jak wskazywałem, pogląd ten wymaga pewnej weryfikacji z uwagi na zagadnienie *ratio legis* tekstu prawnego). Niemniej koncepcja de- i rekontekstualizacji tekstu prawnego znajduje potwierdzenie w praktyce stosowania prawa w dłuższej perspektywie czasowej. Szczególnym przykładem może być zrealizowana w Polsce w okresie transformacji ustrojowej koncepcja ciągłości systemu prawnego przy zmianie systemu politycznego i gospodarczego⁴⁵, stanowiącego ideologiczny kontekst powstania licznych aktów prawnych, obowiązujących w Polsce po dziś dzień⁴⁶.

Ostatecznie „emancypacja tekstu” wyraża się w przekroczeniu trzech ww. ograniczeń (znaczenia autorskiego, pierwotnego adresata i socjopsychologicznego kontekstu powstania) i jest „the most funda-

⁴³ P. Ricreur, *Reflections on the Just*, Chicago 2007, s. 69-70. Por. pkt 4.

⁴⁴ *Idem*, *Hermeneutics and Critique of Ideology*, [w:] *Hermeneutics and the Human*, *op. cit.*, s. 91.

⁴⁵ Mamy na myśli rozciągający w latach proces przejścia od socjalizmu do kapitalizmu i od gospodarki sterowanej do gospodarki wolnorynkowej.

⁴⁶ Tytułem przykładu można wymienić wiele aktów normatywnych przyjętych w okresie socjalistycznym, po nowelizacjach obowiązujących po dziś dzień: prawo o adwokaturze (1982), ustawa o radcach prawnych (1982), prawo o prokuraturze (1985), ustawa o Trybunale Konstytucyjnym (1987) *etc.* Niektóre polskie teksty prawne dowiodły w praktyce swej autonomiczności, trwając w niezmienionej formie, przy różnych systemach politycznych, np. prawo czekowe i prawo wekslowe (1936).

mental condition for the recognition of a critical instance at heart of interpretation”⁴⁷.

Unikalny przykład zastosowania koncepcji autonomii semantycznej w amerykańskiej jurysprudencji zawiera artykuł Taylora *Ric&ur and Law. Th e Distinctiveness of Legal Hermeneutics*. Zawarte w nim przykłady s zaczerpni te z orzecnictwa S du Najwyszego USA i dotycz wykładni amerykańskiej konstytucji. Taylor podkre la, e „despite the great contest in the United States between liberal and conservative jurisprudential approaches [...] there is [...] general consensus that legal interpretation should attend to a text's meaning rather than to the authorial intention lying behind the text”⁴⁸. Pierwszy z przytoczonych przez Taylora przykładów wpisuj cych si w perspektyw autonomii semantycznej tekstu wi e si ze słynnym orzeczeniem *Brown v. Board of Education* z 1954 r., zapadłym na gruncie czternastej poprawki do Konstytucji USA⁴⁹. Taylor przypomina, e: „in *Brown* the Supreme Court had to decide whether it was constitutional under the equal protection requirement of the abovementioned Amendment for states to permit segregated public schools”⁵⁰. S d Najwyszy, orzekaj c, nie si gn ł jednak po wykładni autentyczn⁵¹ poj cia *equal protection* z czasów przyj cia poprawki, twierdz c, e badanie, czy *framers of the Amendment* uwa ali segregacj rasow w szkołach publicznych za konstytucyjn , jest niekonkluzywne (*inconclusive*). Zamiast tego: „Court went on the rule on the basis of contemporary understandings of equality that segregation was indeed unconstitutional”⁵². Taylor zwraca uwag , e powy sza decyzja interpretacyjna w praktyce stanowiła realizacj pogl dów Ricreura, gdy uniezale niła aktualne znaczenie tekstu od intencji autorów poprawki, którzy prawdopodobnie w ogóle nie dostrzegali przez jej pryzmat problemu segregacji⁵³. Drugi z przytoczonych przez Taylora przy-

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ G.H. Taylor, *Ric&ur and Law*., *op. cit.*, s. 85. Odmienny pogl d prezentuje m.in. S. Fish. Por. *idem*, *Intention is All there is. A Critical Analysis of Aharon Barak's Purposive Interpretation in Law*, „Cardozo Law Review” 2008, Vol. 28, s. 1109-1146.

⁴⁹ 347 U.S. 483 (1954).

⁵⁰ G.H. Taylor, *Ric&ur and Law*., *op. cit.*, s. 86.

⁵¹ Termin ten oznacza wykładni dokonywan przez ten sam organ, który ustanowił dan norm . Za: L. Morawski, *Wst p do prawoznawstwa*, Toru 2006, s. 163-164.

⁵² G.H. Taylor, *Ric&ur and Law*., *op. cit.*, s. 87.

⁵³ Taylor powołuje si m.in. na pogl dy reprezentowane przez: A. Scalia i R. Dworkin. Por. A. Scalia, *Response*, [w:] *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton 1997, s. 144; R. Dworkin, *Comment*, [w:] *A Matter of Interpretation*., *op. cit.*, s. 118.

kładów wiążących się z interpretacją pojęcia *cruel and unusual punishments*, występującego w ósmej poprawce, przyjętej w 1791 r. Odnoszące się do niej, szeroko dyskutowane w USA, orzeczenia Sądu Najwyższego zapadły w latach 2002 (*Atkins v. Virginia*⁵⁴), 2005 (*Roper v. Simmons*⁵⁵) i 2008 (*Kennedy v. Louisiana*⁵⁶) i dotyczyły odpowiednio młodości orzeczenia kary śmierci wobec „someone with extensive mental disabilities, someone under age of eighteen and someone who raped a child (but did not killed)”⁵⁷. W powyższych orzeczeniach Sąd Najwyższy stwierdził, iż nie może sięgniąć po oryginalne znaczenie zwrotu *cruel and unusual*, ponieważ ósma poprawka „draw[s] its meaning from evolving standards of decency that marks the progress of maturing society” i postanowił zastosować *evolving standards of decency*⁵⁸. Należy dodać, że we wszystkich trzech wymienionych orzeczeniach Sąd Najwyższy uznał, iż kara śmierci w świetle ósmej poprawki byłaby *cruel and unusual*.

Należy podkreślić, że Taylor nie podaje lepości k wytyczon przez Ricœur, lecz dostrzega sygnalizowaną specyfikę interpretacji tekstu prawnego w kontekście szczególnego statusu autora tego tekstu, który odróżnia go od autora tekstów literackich. Taylor stwierdza, że: „the author of the legal text does retain a significance in legal interpretation that is not required in other fields. Because a legal author - a legislator or the court - requires obedience to the terms of a text, its expression is limited to the range of its legitimate authority”⁵⁹. Zdaniem autora specyfika autonomii semantycznej tekstu prawnego dotyczy także adresata tekstu prawnego, który, interpretując, nie zmierza z reguły do „ubogacenia swojego świata”, lecz do realizacji praktycznych celów, związanych z interesem klienta czy systemu prawa⁶⁰. Ten aspekt oznacza również weryfikację koncepcji proponowanej przez Ricœur.

⁵⁴ 536 U.S. 304.

⁵⁵ 543 U.S. 551.

⁵⁶ 128 S.Ct. 2641 (554 U.S. 407).

⁵⁷ G.H. Taylor, *Ricœur and Law...*, *op. cit.*, s. 89.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 85.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 92.

3. Pogląd Ricœur'a na strukturę tekstu i ich zastosowanie w analizie budowy tekstu prawnego

3.1. Struktura tekstu prawnego jako czynnik obiektywizujący

Kwestia autonomii tekstu Ricœur'a wiąże się mocno z zagadnieniem jego struktury. Należy wyjaśnić, że filozof, choć nie ukrywa swego podziwu dla dorobku Claude'a Lévi-Straussa, wskazuje na ograniczenia, którymi nacechowana jest filozofia strukturalistyczna⁶¹. W rezultacie Ricœur podkreśla różnicę zachodzącą między filozofią strukturalistyczną a postulowanym przez siebie „strukturalnym badaniem określonych tekstów”⁶². Nawiązuje ono do semiotyki Algirdasa J. Greimasa⁶³, która, zdaniem Ricœur'a, „znakomicie ilustruje blisko obiektywizującą, analityczną wyjaśnianie tekstu według koncepcji strukturalnej”⁶⁴. Jak pisze filozof, koncepcja ta polega na wzięciu pod uwagę właściwych tekstowi reguł kompozycji, inaczej mówiąc układu tekstów. Reguły kompozycji mają w niej charakter proceduralny, zaś ich stosowanie posiada cechy analizy obiektywnej. Dodatkowy katalizator analizy stanowi pismo samo w sobie, dołączające się do układu dzieła i zapewniające obiektywizującym procedurom podporządkowanie zewnętrznych znaków. Filozof kładzie nacisk na praktyczne znaczenie powyższego podejścia, pozwalającego odszukać to, co najlepsze w tekście, czyli uchwycić jego wewnętrzne artykulacje, niezależne od intencji autora, a zatem od jego subiektywności. Ów aspekt badania nad tekstem jest istotny dla Ricœur'a w kontekście wskazanego wyżej (*abovementioned*) poglądu, zgodnie z którym tekst wymyka się swemu autorowi i ma znaczenie samo dla siebie. Tak rozumiana autonomia semantyczna tekstu, jak twierdzi filozof, otwiera go na podejście uwzględniające jedynie jego obiektywność, jako tekstu wypowiedzianego, napisanego, a zatem zobiektywizowanego. Innymi słowy, Ricœur dostrzega ciśnięcie korelacji pomiędzy obiektywnie istniejącą strukturą tekstu a oderwaniem jego znaczenia od pierwotnej intencji autora w przyszłych wysiłkach interpretacyjnych⁶⁵.

Pogląd Ricœur'a wychodzi naprzeciw daniemu prawoznawstwu do zobiektywizowania znaczenia tekstu prawnego za pośrednictwem ka-

⁶¹ Por. P. Ricœur, *Structure and Hermeneutics*, [w:] *The Conflict of Interpretations...*, *op. cit.*, s. 27-60.

⁶² P. Ricœur, *Critique and Conviction. Conversations with François Azouvi and Marc de Launay*, New York 1998, s. 73.

⁶³ Szerzej na temat możliwej recepcji poglądów A.J. Greimasa w teorii prawa: B. Jackson, *Semiotics and Legal Theory*, Liverpool 1997.

⁶⁴ P. Ricœur, *Refleksja dokonana*, tłum. P. Bobowska-Nastarzewska, Kłajka 2005, s. 33.

⁶⁵ *Idem*, *Critique and Conviction*, *op. cit.*, s. 73.

nonu reguł moderujących jego strukturę. Przede wszystkim rzucaj nowe światło na rolę zasad techniki prawodawczej⁶⁶, będących zbiorem proceduralnych, strukturalnych i językowych reguł, określających budowę aktów normatywnych⁶⁷. Zasady te formalizują kompozycję tekstów prawnych, biorąc w karby kaide mo liwe do pomysłenia *ratio legis* aktu normatywnego. Z perspektywy poglądów Ricreura sformalizowany układ tekstu prawnego jest zatem narzędziem autonomizacji jego znaczenia wobec subiektywnej intencji prawodawcy. Założenia dotyczące podziału aktu normatywnego na części ogólną, szczegółów i końcową, skorelowane z przyjętą dywersyfikacją przepisów na definicje legalne, przepisy derogacyjne, kolizyjne, przejściowe *etc.*, pozwalają odszukać to, co kluczowe w tekście prawnym i uchwycić jego wewnętrzne artykulacje, czyli wydobycie jego autonomiczne znaczenie normatywne. Dzięki temu spisany akt normatywny, parafrazując Ricreura, wymyka się woli prawodawcy i ma znaczenie samo dla siebie. Z szerszej perspektywy przestrzeganie obiektywnych zasad techniki prawodawczej umożliwia przekroczenie ideologicznych uwarunkowań tworzenia prawa, stanowiąc gwarancję jego trwałości w obliczu zmian politycznych i społecznych⁶⁸.

O czym była mowa wyżej, zdaniem Ricreura narzędziem obiektywizacji jest również zapis samo w sobie, dołączający się do układu dzieła. Należy podkreślić, iż zasady techniki prawodawczej, zbierając powyższym stanowiskiem, jednolicie normują kwestię struktury tekstu i zwrotów zawartych w tekście prawnym. Innymi słowy, podejście analityczne, z uwagi na ścisły związek układu tekstu i budowy przepisów, obejmuje zarówno makroskalę aktu normatywnego, jak i mikroskalę specyficznych wyrazów języka prawnego. Obiektywna analiza struktury tekstu prawnego i języka prawnego autonomizuje zatem znaczenie aktu normatywnego względem intencji historycznego autora, odgrywając ważną rolę w przyszłych zabiegach interpretacyjnych. Dodatkowym przesłanką autonomizacji jest niejasny status ontologiczny prawodawcy, który ma być podmiotem racjonalnym, przezroczystym, a równocześnie nie skorelowanym z takimi pojęciami jak „wola narodu”, „reprezentacja suwerena” *etc.* Z powyższych względów, na tle poglądów Ricreura, znajduje uzasadnienie koncepcja wykładni sys-

⁶⁶ W polskim prawie zasady te określa cyt. załącznik Zasady techniki prawodawczej oraz ustawa z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (Dz.U. z 2000 r. Nr 197, poz. 1172 ze zm.).

⁶⁷ Na temat teoretycznoprawnych aspektów zasad techniki prawodawczej: M. Kłodawski, *Hipertekst a technika legislacyjna - o możliwościach zmiany paradygmatu polskiego prawodawstwa*, [w:] *Teoria prawa. Między nowoczesnością a ponowoczesnością*, red. A. Samonek, Kraków 2012, s. 99 i nast.

⁶⁸ Por. pkt 2.

temowej, nawiązując m.in. do budowy aktu normatywnego; natomiast dyskusyjne jest uzasadnienie wykładni historycznej i autentycznej, nawiązując do pierwotnej intencji legislatora (por. uwagi dotyczące *ratio legis* w punkcie drugim). Ostatecznie struktura tekstu prawnego stanowi trwały element autonomicznego semantycznie tekstu prawnego, otwartego na przyszłe, dynamiczne interpretacje.

Należy dodać, że Ricœur, wiążąc omawiane zagadnienie z hermeneutyczną teorią interpretacji, uznaje obiektywizację za obowiązującą przebiegającą przez wyjaśnianie, poprzedzającą powrót do wypowiadającego się. Filozof ma tu na myśli pewne aspekty hermeneutycznego koła, związane z dialektyką dystancjacji i przybliżenia⁶⁹ oraz wyjaśniania i rozumienia⁷⁰. Z perspektywy prawoznawstwa wspomniane „przebieganie przez wyjaśnianie” uznano za hermeneutyczną wizję procesu stosowania prawa, w której subsumcja wyraża się w dialektyce obiektywnej struktury tekstu prawnego i subiektywności interpretatora⁷¹.

Ricœur następnie podsumowuje rolę podejścia strukturalnego w interpretacji: „Rozumie tekst to postępuje za jego ruchem od sensu do referencji⁷², od tego, co on mówi, do tego, o czym mówi. W tym procesie mediacyjna rola analizy strukturalnej uzasadnia to podejście obiektywne i oczyszcza podejście subiektywne. Chroni nas definitywnie przed utożsamieniem rozumienia z intuicyjnym uchwytowaniem jakiejś intencji, leżąc u podłoża tekstu”⁷³.

3.2. Tekst prawny jako autonomiczny gatunek literacki

Zagadnienie struktury tekstu prowadzi Ricœurą do podjęcia rozważań połączonych specyfice różnych gatunków literackich. Ricœur stawia pytanie o ich rolę zarówno w zapisie tekstu jako takiego, jak i w wytworzeniu jego odmian, takich jak wiersze, utwory narracyjne czy eseje. Filozof uważa, że gatunki literackie u swojej genezy pozostawały do tekstu w takim stosunku, w jakim gramatyka generatywna pozostaje do gramatycznie poszczególnych zdań. Dlatego też, w opinii Ricœurą, gatunki literackie pełni funkcję podobną do kodów fonologicznych, leksykalnych czy syntaktycznych, które rządzą jednostkami tekstu, tj.

⁶⁹ Por. P. Ricœur, *Appropriation*, [w:] *Hermeneutics and the Human*., op. cit., s. 182-187.

⁷⁰ Por. *idem*, *Explanation and Understanding*, [w:] *From Text to Action*., op. cit., s. 125-127.

⁷¹ Co do hermeneutycznego modelu stosowania prawa zobacz punkt 4.1. i 4.2.

⁷² Co do pojęcia referencji zobacz punkt 4.1.

⁷³ *Idem*, *The Model of Text. Meaningful Action Considered as Text*, [w:] *From Text to Action*., op. cit., s. 165.

zdaniami⁷⁴. Nawiązując do zagadnienia struktury tekstu, Ricreur stwierdza, że funkcją gatunków literackich jest generowanie nowych całości dłuższych niż zdanie oraz ich organizowanie jako tworów nieredukowalnych do prostej sumy następujących po sobie zdań⁷⁵. Filozof podkreśla, że niektóre z zapisanych całości są bezpośrednio wytwarzane przez strategię typów dla różnych gatunków literackich, np. poetyckich⁷⁶. Wziwszy pod uwagę uwarunkowany gatunkiem literackim zapis jako materialny nośnik tekstu, semantyczną autonomię tekstu oraz (wskazywane w punkcie pierwszym) rysy uzewnętrznienia charakterystyczne dla pisma, Ricreur konstatuje, że język stanowi tworzywo pewnego rzemiosła. Zatem jeżeli uznać za takie rzemiosło literaturę, kluczowego znaczenia nabiera związek zapisu i wytwarzania (produkcji) danego tekstu. Innymi słowy, zapis pozostaje w ścisłej korelacji ze strukturą typów dla tekstów określonego gatunku, generowanych przez reguły wytwarzania kompozycji literackich⁷⁷.

W kontekście poglądów Ricreura można twierdzić, że przekaz normatywny, skorelowany z formalnymi wymogami techniki legislacyjnej, wyznacza specyfikę autonomicznego gatunku literackiego, jakim jest tekst prawny. Gatunek ten opiera się o skodyfikowane w zasadach techniki prawodawczej kody fonologiczne, leksykalne czy syntaktyczne, kształtujące unikatowe struktury i zapisy ustaw i rozporządzeń. Parafrazując Ricreura, powyższe zasady służą generowaniu całości dłuższych niż przepis prawa, niemożliwych do pomylenia z tekstem literackim innego typu. Co więcej, tekst prawny jako gatunek wyposażony jest w szczegółowe strategie wytwarzania swoich podgatunków (przykładowo w polskim prawie zasady techniki prawodawczej regulują odrębne wymogi formalne, które powinny spełniać ustawy i rozporządzenia). Ów model wytwarzania przywodzi na myśl mocno sformalizowane gatunki poetyckie, takie jak sonet, czy te dramatyczne, takie jak tragedia antyczna (której zasady Arystoteles wyłożył w *Poetyce*⁷⁸). Następnie wymogi techniki legislacyjnej powodują, że prawotwórstwo, bardziej niż jakakolwiek twórczość literacka, jest rzemiosłem, którego materiałem stanowi język prawny. Ostatecznie, zgodnie z poglądami Ricreura, w tekście ustawy, rozporządzenia *etc.* przejawia się najciślej korelacja zapisu (przepisów prawa) i struktury (budowy aktu normatywnego),

⁷⁴ *Idem, Speaking and Writing*., op. cit., s. 32.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*, s. 34.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Aristotle's Poetics*, ed. S. Halliwell, Chicago 1986, s. 369.

moderowana przez precyzyjne reguły kompozycji⁷⁹. Ten splot zapisu i formy, dokonany na podstawie zasad techniki prawodawczej, uzasadnia uznanie tekstu prawnego za obiektywnie odrębny gatunek literacki.

4. Wiat tekstu prawnego wobec pojęcia referencji oraz ikonicznego zwielokrotnienia

4.1. Pojęcie referencji normatywnej i jego rola w autonomizacji znaczenia tekstu prawnego

Autonomia semantyczna w rozumieniu Ricœur skorelowana jest z zagadnieniem referencji tekstu. Właściwie autonomia ta jest następstwem różnicy, zachodzącej między zamierzonym, autorskim sensem a referencją (odniesieniem), którą tekst otwiera przed interpretatorem⁸⁰. Zdaniem Ricœura hermeneutyczna dialektyka autorskiego sensu i referencji odznacza się „wiskazawilości” w porównaniu ze skorelowanymi dialektykami zdarzenia i znaczenia. Filozof twierdzi, iż jest ona modelem uzewnętrznienia w piśmie znaczeń przekraczających pierwotny zamysł autora. W opinii Ricœura referencja przekracza zamierzony sens w szczególny sposób. Mianowicie sens ów stanowi katalizator, przez który referencja uzewnętrznia się, kierując „myśl [interpretatora] [...] przez sens ku różnym rodzajom bytów pozajęzykowych, takich jak przedmioty, stany rzeczy, fakty, itd.”⁸¹

W związku z tym Ricœur twierdzi, że semantyczna autonomia tekstu (która otwiera go „dla nieskończonej liczby potencjalnych czytelników w nieokreślonym czasie”) znajduje odzwierciedlenie w zmianach zakresu referencji. Ich najważniejszą konsekwencją jest, że – jak pisze filozof – interpretator „ogarnia wiat” otwarty przez tekst, a nie znaczenie skorelowane z partykularną sytuacją jego wytworzenia. Jak się wyraża filozof, tym, co chcemy zrozumieć, nie jest coś ukrytego za tekstem, lecz coś otwieranego przed nim⁸². Jednocześnie Ricœur definiuje wiat jako zespół referencji otwartych przez teksty, w tym przez teksty

⁷⁹ Por. A. Malinowski, *Redagowanie tekstu prawnego. Wybrane wskazania logiczno-jezykowe*, Warszawa 2006; T. Zalasinski, *Zasada prawidłowej legislacji w poglądach Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008.

⁸⁰ Rozróżnienie sensu i referencji Ricœur stosuje za: G. Frege, *Sens et dénotation* [franc. tłum. *Über Sinn und Bedeutung*], tłum. C. Imbert, [w:] *Ecrits logiques et philosophiques*, Paris 1971, s. 102 i nast.

⁸¹ P. Ricœur, *Speaking and Writing*, *op. cit.*, s. 34. W innym tekście Ricœur dodaje, że referencja to roszczenie zdania (*proposition*), by dosięgnąć rzeczywistości (*claim to reach reality*). Zob. P. Ricœur, *The Hermeneutical Function...*, *op. cit.*, s. 85.

⁸² *Idem*, *The Model of Text*, *op. cit.*, s. 165.

deskryptywne. Filozof uważa, iż w tym znaczeniu mówił o na przykład o wiecie starożytnych Greków, co nie polega na wyobrażeniu sobie zakałą razem sytuacji ich życia, lecz na realizacji niesytuacyjnych referencji wyznaczonych przez opisowe sprawozdania z rzeczywistości⁸³.

Filozof mówi w osobistym tonie, że wiat jest dla niego zespołem referencji odsłanianych przez wszystkie rodzaje tekstów, deskryptywnych i poetyckich, które czytał, rozumiał i kochał. W związku z tym hermeneutyczne rozumienie tekstu polega na umieszczeniu w ród predyktów odnoszących się do naszej sytuacji wszystkich sensów, które z naszego *Umwelt* (otoczenia) czyni *Welt* (wiat)⁸⁴. Innymi słowy, zdaniem Ricœur, rozumieniu podlega to, co wskazuje w stronę jakiegoś możliwego wiata. Równocześnie rozumienie nie ma nic wspólnego z bezpośrednim uchwytowaniem życia psychicznego autora czy też z emocjonalnym identyfikowaniem się z jego intencjami. W opinii filozofa korelatem osobistego przyswajania tekstu nie jest coś, co można by odczuć, lecz dynamiczne znaczenie wyzwolone przez wyjaśnianie, utożsamianie z mocą otwierania przez tekst pewnego wiata⁸⁵. Z tego względu interpretacja, mając mniej niż kiedykolwiek do czynienia z autorem i jego sytuacją⁸⁶, zmierza do uchwycenia propozycji wiata otwieranego przez referencje tekstu. Referencje odsłaniane przez teksty zawierają zatem wizję wiata, które umożliwiają rozszerzenie horyzontu egzystencji interpretatora. Ta ostatnia konstatacja została rozwinięta przez Ricœur w artykule *The Hermeneutical Function*⁸⁷. Filozof konsekwentnie twierdzi, że „tylko pismo” ze względu na autonomię semantyczną objawia przeznaczenie dyskursu, jakim jest projektowanie (*projecting*) wiata⁸⁸. Omówione zagadnienie Ricœur punktuje w następujący sposób: „What we have said [...] invites us rather to think of the sense of the text as an injunction starting from the text, as a new way of looking at things, as an injunction to think in a certain manner”. Tekst mówi o wiecie możliwym i o możliwym sposobie orientowania się w nim. Wymiary tego wiata są adekwatnie otwarte, wyeksponowane przez tekst⁸⁹.

⁸³ *Idem, Speaking and Writing., op. cit., s. 36.*

⁸⁴ *Ibidem, s. 37.*

⁸⁵ *Idem, The Model of Text., op. cit., s. 167.* W poglądzie tym wyraża się krytyczne stanowisko Ricœur wobec skrajnie intuicjonistycznych nurtów hermeneutyki i fenomenologii.

⁸⁶ *Ibidem, s. 165.*

⁸⁷ *Idem, The Hermeneutical Function., op. cit., s. 87-88.*

⁸⁸ *Idem, Speaking and Writing., op. cit., s. 37.*

⁸⁹ *Idem, The Model of Text., op. cit., s. 165.* Zdanie drugie przetłumaczone z wydania polskiego, z akapitu pominiętego w tłumaczeniu angielskim. Por. *idem, Model*

Przytoczone poglądy Ricœura stanowią jeden z najciekawszych punktów odniesienia koncepcji autonomii semantycznej wobec problematyki tekstu prawnego. Odniesienie to dotyczy dwóch skorelowanych ze sobą zagadnień, tj. referencji normatywnej tekstu prawnego i hermeneutycznego modelu stosowania prawa.

Problematyka sensu i referencji tekstu prawnego sytuuje na pierwszym planie zagadnienia normatywne. Jak wskazywałem, zdaniem Ricœura, uzewnętrznienie referencji polega na skierowaniu myśli interpretatora przez sens ku różnym rodzajom bytów pozajęzykowych, takim jak przedmioty, stany rzeczy, fakty *etc.* Filozof nie twierdzi jednak, że referencja musi mieć charakter czysto deskryptywny. Innymi słowy, Ricœur nie zakłada, że świat otwarty przez tekst nie może być światem powinno ci. Antycypując rozważania nad korelacją działania, opisywania i nakazywania (rozwinęte na gruncie teorii narracji⁹⁰), filozof charakteryzuje sens jako nakaz wychodzący od tekstu lub nakaz myślenia w pewien sposób. Dlatego ze względu na podstawowy tryb illokucyjny tekstu prawnego, jakim jest normowanie, można mówić o katalizowaniu przez jego sens referencji normatywnej. Jej zakres w praktyce podlega dynamicznym zmianom, które skutkują nowymi otwarciem świata powinno ci prawnych w procesie wykładni prawa. Skala wykroczenia referencji normatywnej poza sens zamierzony przez prawodawcę jest miarą autonomii tekstu prawnego. Ostatecznie semantyczna autonomia tekstu prawnego wyraża się w zmianach zakresu referencji normatywnej względem pierwotnej intencji prawodawcy.

Referencja normatywna tekstu prawnego ma złożony charakter. W nawiązaniu do popularnej koncepcji budowy normy prawnej proponuję, by wyróżnić w niej aspekt deskryptywny oraz aspekt powinnościowy. Pierwszy z nich jest skorelowany z hipotezami normy prawnej (wskazując adresata normy oraz okoliczności jej zastosowania), zaś drugi z jej dyspozycją (wskazując określony przez prawodawcę wzór pożądanego zachowania). Zmiany zakresu referencji normatywnej obejmują zatem dynamiczne przekształcenia zakresów hipotez i dyspozycji, wyznaczające zakres interpretacji tekstu prawnego.

Można powiedzieć, że autonomizacja referencji normatywnej wobec sensu tekstu przebiega w dwóch kierunkach: w kierunku reinterpretacji wzorów postępowania i w kierunku reinterpretacji rzeczywistości. Dopiero dialektyka aspektu deskryptywnego i powinnościowego we wnętrzu referencji normatywnej umożliwia interpretatorowi adekwatne

tekstu. *Znaczenie działania rozważane jako tekst*, tłum. J. Falkowska, [w:] *Współczesne teorie socjologiczne*, t. 2, red. A. Jasińska-Kania, Warszawa 2006, s. 1017.

⁹⁰ Por. P. Ricœur, *Soi-même comme un autre*, Paris 1990, s. 167 i nast.

ogarnięcia świata powinno być prawnych, bo tego zarazem światem realnym. Warto zwrócić uwagę, że w hipotezie normy prawnej generalne określenie adresata („kto”) i abstrakcyjne określenie okoliczności („zabija”) jest wyrazem zamierzonej autonomizacji tekstu względem „tu i teraz” historycznego prawodawcy⁹¹. Prawodawca zakłada bowiem, że aspekt deskryptywny aktu normatywnego jest adekwatnie otwarty dla nieskończonej liczby potencjalnych czytelników w nieokreślonym czasie. Dlatego abstrakcyjne i generalne hipotezy norm, z woli legislatora, wyznaczają szeroki horyzont możliwego świata powinno być prawnych. Jednakże autonomizacja tekstu dotyczy także zakresu dyspozycji norm. Proces ten, spontaniczny i niezamierzony, wyraża właściwe przełamanie supremacji partykularnego sensu prawodawcy przez autonomię semantyczną tekstu prawnego. Jego rezultatem jest rozszerzenie horyzontu egzystencji normatywnej interpretatora na świat powinno być dla niego poza zasięgiem autora tekstu⁹².

Znaczenie dialektyki aspektu powinno być prawnego i deskryptywnego referencji normatywnej uwidacznia się w hermeneutycznym modelu stosowania prawa. W modelu tym wyraża się ono w dialektyce normy prawnej i rzeczywistości. Ricœur twierdzi, że stosowanie prawa jest procesem uzgadniania znaczenia przesłanki większej i mniejszej sylogizmu, czyli wzajemnego zbliżenia i dostosowywania interpretacji obejmujących tak normy prawne, jak i rzeczywistość. Filozof nawiązuje tym poglądem do koncepcji sylogizmu praktycznego Dworkina⁹³. Na tle spostrzeżeń Ricœur'a nasuwają się dalsze wnioski, dotyczące procesu stosowania prawa. Przede wszystkim znaczenie przesłanki większej w „hermeneutycznym sylogizmie prawniczym” nie bazuje na sensie tekstu prawnego, lecz na otwartej przeze referencji normatywnej. Znaczenie to jest wypadkową dialektyki aspektu powinno być prawnego i deskryptywnego referencji, a więc jest owocem uzgodnienia dynamicznych znaczeń hipotezy i dyspozycji normy prawnej. Równocześnie aspekt deskryptywny referencji normatywnej („kto i w jakich okolicznościach?”) uzgadnia się w procesie interpretacji z opisem fragmentu rzeczywistości, objętym przesłanką mniejszego sylogizmu. Proces ten z zarysowanej perspektywy utożsamia się z subsumcją, tj. z podciągnięciem opisu

⁹¹ Por. pkt 2.

⁹² W podobnym duchu M. van Hoecke pisze: „a legal rule and a legal text are not one and the same. The text provides information about the rule, but is not itself the rule. This is precisely the reason why the interpretation of a statutory text may produce a result which may deviate from, or even be opposed to, the prima facie meaning of the text”. Za: *idem, Law as Communication*, Oxford 2002, s. 167.

⁹³ P. Ricœur, *Reflections on the Just...*, *op. cit.*, s. 69-70.

stanu faktycznego pod abstrakcyjną i generalną normą prawną. Podsumowując, autonomia semantyczna tekstu rzutuje zasadniczo na proces stosowania prawa, zarówno przez wewnętrzne dialektyki przesłanki wikszej, jak i przez subsumcję polegającą na uzgodnieniu znaczenia przesłanki mniejszej i wikszej w hermeneutycznym sylogizmie prawniczym. Stosowanie prawa, parafrazując Ricreura, polega zatem na realizacji referencji normatywnych, wyznaczonych przez deskryptywne interpretacje rzeczywistości.

4.2. Pojęcie ikoniczności tekstu prawnego

Problematyka referencji rodzi pytanie, w jaki sposób, to jest za pomocą jakich środków językowych, tekst otwiera przed interpretatorem propozycję wiata. Dlatego Ricreur wprowadza pojęcie ikoniczności tekstu, którego sens wyjaśnia przez analogię wobec technik stosowanych w malarstwie. Omówienie pojęcia ikoniczności filozof rozpoczyna stwierdzeniem, że malarskie dzieło sztuki, bez względu na stosowanie techniki, nie jest czymś mniej niż jego rzeczywisty pierwowzór. Przeciwnie, zdaniem Ricreura, nawet minimalistyczne dzieło uwypukla określone rysy rzeczywistości. Strategia malarska bazuje bowiem na szczególnym zwielokrotnieniu, polegającym na rekonstruowaniu rzeczywistości przy użyciu ograniczonego alfabetu wizualnego. Filozof uważa, że ta strategia kondensacji i miniaturyzacji, ujmując mniej, dostarcza więcej; w rezultacie najważniejszym efektem malarstwa jest „nadawanie wiatu więcej sensu przez ujmowanie go w serie uproszczonych znaków”. Ricreur konstatuje, że: „this effect of saturation and culmination, within a tiny space of the frame and the surface of a two-dimensional canvas, in opposition to the optical erosion proper to ordinary vision, is what is meant by iconic augmentation [ikoniczne zwielokrotnienie]”⁹⁴.

W przypadku tekstu prawnego strategia miniaturyzacji i kondensacji, o której pisze filozof, jest w pełni realizowana za pośrednictwem zasad techniki prawodawczej. Propozycja wiata powinna być prawnych jest otwierana w taki sposób, że abstrakcyjna i generalna norma prawna, ujmując mniej w swojej treści, dostarcza więcej możliwości swych zastosowań. Innymi słowy, tekst prawny uwypukla normatywne aspekty rzeczywistości, rekonstruując je przy pomocy minimalistycznych środków wyrazu. Generowana przez zasady techniki prawodawczej seria uproszczonych znaków języka prawnego jest zatem narzędziem autonomizacji propozycji normatywnego wiata względem rzeczywistości. Tym samym przesłanką autonomii tekstu prawnego jest ikoniczne

⁹⁴ *Idem, Speaking and Writing., op. cit., s. 41.*

zwielokrotnienie normatywnych aspektów konkretnych przypadków, wyrażone w abstrakcyjnej i generalnej treści norm prawnych.

Ricœur dodaje, że sztuka abstrakcyjna wykazuje pewne podobieństwo wobec nauki, która kwestionuje formy percepcyjne przez odniesienie ich do niepercepcyjnych struktur. W obu przypadkach (nauki i sztuki abstrakcyjnej) radykalne zakwestionowanie bezpodmiotowo, które skutkuje pozornym zaprzeczeniem rzeczywistości, jest drogą do gloryfikacji niefiguratywnej istoty rzeczy. Z powyższych względów, zdaniem filozofa, ikoniczność w dziele sztuki jest ukazaniem realności bardziej realnej niż rzeczywistość potoczna⁹⁵. Odnosząc powyższe spostrzeżenia do problematyki tekstu, Ricœur stwierdza, że ikoniczność to ponowne napisanie rzeczywistości (takiej jak normatywnej). Ostatecznie, w jego przekonaniu, tekst, czyli zapis dyskursu, stanowi pewną transkrypcję wiata, niebędącą jego odwzorowaniem, lecz metamorfoz⁹⁶. Należy dodać, że rozważania dotyczące ikonicznego zwielokrotnienia stanowią fundament późniejszych prac Ricœur'a, poświęconych metaforze⁹⁷.

Pogląd filozofa wychodzi naprzeciw tendencji do unaukowienia prawa, które wyraża się w przekroczeniu kazuistycznego myślenia, tj. w zakwestionowaniu bezpodmiotowo. Zakwestionowanie to występuje w kulturze *common law* przez oderwanie *ratio decidendi* precedensu od *obiter dicta* konkretnego przypadku. Z kolei w kulturze prawa stanowionego wyraża się ono w wypracowywaniu przez dogmatyki prawnicze systemów pojęć, które jako niepercepcyjne struktury służą normatywnej redefinicji ludzkiego działania. Można zatem powiedzieć, że teksty prawne wydobywają wymiar normatywny, bardziej realny od rzeczywistości potocznej. Wydobyć to, autonomiczne wobec rzeczywistości, polega na zwielokrotnieniu jej normatywnego wymiaru, a do poziomu wzorów powinno zachowanie, tj. abstrakcyjnych i generalnych norm prawnych. Parafrazując Ricœur'a, można twierdzić z przekonaniem, że tekst prawny zawiera pewną transkrypcję wiata, niebędącą jego odwzorowaniem, lecz autonomiczną, normatywną metamorfoz.

Ostatnia uwaga dotyczy hermeneutycznego modelu stosowania prawa. Należy wskazać, że subsumcja, rozumiana jako uzgadnianie przesłanek w sylogizmie, jest możliwa dzięki ikonicznemu zwielokrotnieniu normatywnego wymiaru rzeczywistości w treści przesłanki wiakszej. Napisanie rzeczywistości na nowo, tj. wydobyć jej aspektów norma-

⁹⁵ *Ibidem*, s. 42.

⁹⁶ Ikoniczne zwielokrotnienie jest więc narzędziem uduchowienia spisanego dyskursu, o którym mowa w pkt 1. Por. *ibidem*.

⁹⁷ Por. P. Ricœur, *The Rule of Metaphor. Multidisciplinary Studies of the Creation of Meaning in Language*, Toronto 2012.

tywnych, stanowi warunek konieczny zwrotnego odniesienia referencji normatywnej do rzeczywistego ludzkiego działania. Z perspektywy pogl  d w Ricreura stosowanie prawa jest wi c szczególnym przypadkiem dialektyki dystancjacji i przybli enia⁹⁸, tj. ruchem prowadz cym do autonomicznej ikony normatywnej ku nowemu odczytaniu rzeczywisto ci.

Podsumowanie

Celem przeprowadzonego wywodu było zarysowanie koncepcji autonomii semantycznej jako sposobu rozumienia obiektywno ci tekstu prawnego, alternatywnego wobec skrajnych pogl  d w pozytywistycznych i hermeneutycznych. Sformułowane stanowisko nawi  uje do wieloaspektowych bada   nad tekstem, rozwijanych przez Paula Ricreura w nurcie teorii literatury. Proponowana koncepcja odwołuje si przede wszystkim do elastycznej metodologii nauk humanistycznych, zwi  zanej z hermeneutyk tekstów literackich, ale zawiera tak e elementy analizy strukturalnej, inspirowane semiotyk Greimasa. Przeprowadzony wywód w pierwszej kolejno ci koncentrowa  si na poj  ciu tekstu prawnego, charakteryzowanego w opozycji do ywego dyskursu, z uwzgl  dnieniem roli zapisu jako no  nika przekazu normatywnego. Kluczowy element rozwa  a stanowiła charakterystyka autonomii semantycznej tekstu prawnego, jako pogl  du na jego niezale no   wzgl  dem intencji prawodawcy, presuponowanego adresata oraz okoliczno ci powstania. Dodatkowe wiat o na poj  cie obiektywno ci rzuciły analizy po wi cone strukturze tekstu, uzupełnione uwagami o tek  cie prawnym jako autonomicznym gatunku literackim,kszta owanym przez zasady techniki prawodawczej. W ostatniej cz ci rozwa  a wprowadzone zostały poj  cia referencji normatywnej oraz ikoniczno ci tekstu prawnego, uzupełniaj  ce obraz autonomii w kontek  cie hermeneutycznego modelu stosowania prawa. Wywód dopełniły uwagi Ricreura dotycz  ce bezpo rednio zagadnie teoretycznoprawnych (m.in. kodyfikacji prawa i sylogizmu prawniczego). Finalizuj  c rozwa  ania nad koncepcj autonomii semantycznej tekstu, mo  na ywi przekonanie, e ubogaci ona teoretycznoprawny dyskurs po wi cony obiektywno ci prawa.

⁹⁸ Zob. *idem, Appropriation...*, *op. cit.*, s. 182-186. Por. pkt 2.

Ewa Plebanek

Badania poligraficzne w polskim procesie karnym w świetle aktualnego dorobku doktryny i judykatury

Pan Profesor Jan Widacki to w polskim rodowisku prawniczym postacią wyjątkową. Barwna i wyrazista osobowość nie pozostawia obojętnym nikogo, kto miał z Jubilatem styczność. Szacunek i uznanie budzi erudycja oraz wielowymiarowość i bogactwo dorobku intelektualnego Pana Profesora. Jubilat to nie tylko wytrawny naukowiec i adwokat, ale także publicysta, dyplomata, polityk. Zainteresowania naukowe Jubilata obejmują szerokie spektrum problemów związanych z naukami prawnymi, w tym historią i teorią prawa karnego. Pan Profesor Widacki jest autorem kilkuset publikacji, w tym kilkudziesięciu księzek z zakresu kryminalistyki i kryminologii, procesu karnego, nauk o policji, historii prawa i nauk sądowych. W swoim dorobku Jubilat ma także znakomite opracowania historyczne i popularnonaukowe. W 1977 r. niespełna trzydziestoletni Jubilat został najmłodszym w Polsce doktorem habilitowanym, publikując rozprawę habilitacyjną *Wartość diagnostyczna badania poligraficznego i jej znaczenie kryminalistyczne*¹. Praca habilitacyjna i liczne następujące po niej publikacje², a także praktyczne osiągnięcia

¹ J. Widacki, *Wartość diagnostyczna badania poligraficznego i jej znaczenie kryminalistyczne*, „Rozprawy habilitacyjne - Uniwersytet Jagielloński” 1977, nr 3.

² J. Widacki, F. Horvath, *An Experimental Investigation of the Relative Validity and Utility of the Polygraph Technique and Three Other Common Methods of Criminal*

Jubilata jako biegłego poligrafera, odcisn ły niezatarte pi tno na stosowaniu bada wariograficznych w Polsce oraz Europie. Mi dzynarodowe

Identification, „Journal of Forensic Science” 1978, Vol. 23, No. 3, s. 596-601; J. Widacki, *Przypadek wykorzystania tzw. wizualnego feedbacku w badaniach poligraficznych sprawcy zabójstwa*, „Archiwum Medycyny S dowej i Kryminologii” 1978, t. 28, nr 4, s. 331-333; *idem*, *Uwagi o Lykkenowskiej koncepcji stosowania poligrafu w ledstwie*, „Studia Kryminalistyczne, Kryminologiczne i Penitencjarne” 1979, nr 10, s. 247-256; *idem*, *Badanie poligraficzne osób z organicznymi uszkodzeniami centralnego ukladu nerwowego*, „Archiwum Medycyny S dowej i Kryminologii” 1979, t. 29, nr 3, s. 121-126; S. Walto, J. Widacki, *Glosa do wyroku S du Najwy szego z dnia 14 grudnia 1977 r.*, I KR 136/77, „Nowe Prawo” 1979, nr 7-8, s. 229-233; J. Widacki, *Wprowadzenie do problematyki bada poligraficznych*, Warszawa 1981; *idem*, A. Felu, *Sprawcy zabójstw badani w Zakładzie Kryminalistyki U*, „Archiwum Medycyny S dowej i Kryminologii” 1981, nr 1, s. 41-46; J. Widacki, *Analiza przesłank diagnostowania w badaniach poligraficznych*, Katowice 1982; *idem*, *Glosa do postanowienia S du Najwy szego z 21 grudnia 1998 r.*, IV KO 101/98, „Palestra” 1999, nr 3-4, s. 237-239; *idem*, *Glosa do wyroku S du Apelacyjnego w Krakowie z 19 sierpnia 1999 r.*, II AKa 147/99, „Palestra” 2000, nr 2-3, s. 251; *idem*, *Badanie poligraficzne w ocenie osoby badanej. Przyczynek do dyskusji na temat dopuszczalno ci poligrafu w polskim procesie karnym*, [w:] *Nauka wobec przest pzo ci. Ksi ga ku czci prof. Tadeusza Hanauska*, red. J. Błachut, M. Szewczyk, J. Wójcikiewicz, Kraków 2001, s. 127-132; J. Widacki, *Sytuacja prawna bada poligraficznych po ostatniej nowelizacji kodeksu post powania karnego*, „Problemy Kryminalistyki” 2004, nr 243, s. 24-26; *idem*, *Zabójca z motywów seksualnych. Studium przypadku*, Kraków 2006; *idem*, *Polygraph Examination in Poland. An Historical Outline*, „Polygraph” 2007, Vol. 36, No. 3, s. 150-156; *idem*, *Book review: E. Gruza: Ocena zezna i wyja nie*, [w:] B. Młodziejowski et al., *Kryminalistyka - czyli rzecz o metodach ledczych*, Warszawa 2011, s. 45-47; J. Widacki, *Logical Identity of Conclusions from Polygraph Testing Performer in Control Question Test (CQT) and Guilty Knowledge Test (GKT) Techniques*, „European Polygraph” 2011, Vol. 5, No. 1 (15), s. 1-10; *idem*, *W sprawie wyboru techniki badania poligraficznego. Czy technika oparta na testach GKT (CIT) jest lepsza od techniki opartej na testach CQ?*, „Problemy Kryminalistyki” 2011, nr 273, s. 5-10; *idem*, *Polygraph Examination in Criminal Cases. Current Polish Practice. A Critical Study*, „European Polygraph” 2012, Vol. 6, No. 4 (22), s. 249-256; *idem*, *The European Roots of Instrumental Lie-detection*, „European Polygraph” 2012, Vol. 6, No. 2 (20), s. 129-142; *Badania poligraficzne w Polsce*, red. *idem*, Kraków 2014; *idem*, *Results of Polygraph Examination. Direct or Circumstantial Evidence*, „European Polygraph” 2014, Vol. 8, No. 2 (28), s. 61-67; *idem*, *Glosa do postanowienia S du Najwy szego z dnia 29 stycznia 2015 r.*, I KZP 25/14, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 8, s. 129-135; K. Dukała, J. Widacki, *Detekcja kłamstwa czyli czego?*, „Problemy Kryminalistyki” 2015, nr 287, s. 6; A. Szuba-Boro, J. Widacki, *Badania poligraficzne w procesie karnym w wietle postanowienia S du Najwy szego z dnia 29 stycznia 2015 r.*, sygn. I KZP 25/14, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 2, s. 5; J. Widacki, *Spór o technologi bada poligraficznych*, „Studia Prawnicze” 2016, nr 2 (19), s. 9-24; *idem*, *Opinia z bada poligraficznych w procesie karnym*, „Palestra” 2017, nr 7-8, s. 5.

uznanie dla dorobku naukowego Pana Profesora Jana Widackiego potwierdza członkostwo w American Polygraph Association, The British and European Polygraph Association, International Society of Polygraph Examiners, Polskim Towarzystwie Bada Poligraficznych oraz członkostwo honorowe w Euroasiatic Polygraph Association i Ukrainian Polygraph Association. Dlatego też, mając zaszczyt uczci Jubilatę, niniejsze opracowanie poświęca aktualnym zagadnieniom związanym z karnoprosesowymi aspektami badań poligraficznych.

Wprowadzenie

Pierwsze badanie poligraficzne dla celów polskiego procesu karnego przeprowadzono w 1963 r.³ Jednak po dziś dzień dopuszczalność badań poligraficznych w procesie karnym, warunki i ograniczenia w przeprowadzaniu dowodu z ekspertyzy poligraficznej, dopuszczalne techniki badań, charakter i wartość uzyskanego w ten sposób dowodu bywały przedmiotem sporów w doktrynie, podgrzewanych przez zmienne poglądy wyrażane w judykaturze. Zakochaniu dyskusji nie sprzyjał stan prawny. Obowiązujący do 1970 r. kodeks postępowania karnego z 1928 r.⁴ i obowiązujący od 1 stycznia 1970 r. do 31 sierpnia 1998 r. kodeks postępowania karnego z 1969 r.⁵ nie odnosiły się *expressis verbis* do badań poligraficznych. Status badań poligraficznych w procesie karnym nie był zatem jasny. W doktrynie pojawiały się poglądy, że użycie wariografu dla celów postępowania karnego jest niedopuszczalne lub że wyniki badań nie mogą stanowić dowodu. W drugiej połowie lat siedemdziesiątych XX wieku w judykaturze przewagę zyskało stanowisko, że ekspertyzy poligraficzne mogą być wykorzystywane na wszystkich etapach postępowania karnego, zarówno w celach eliminacyjnych, jak i dowodowych, pod warunkiem że badanie zostało wykonane przez biegłego w ramach ekspertyzy i nie było elementem przesłuchania⁶. Przełomo-

³ W czerwcu 1963 r. Paweł Horoszowski, ówczesny kierownik Katedry Kryminalistyki Uniwersytetu Warszawskiego, przeprowadził pierwsze w Polsce badanie poligraficzne na podstawie postanowienia Prokuratury Wojewódzkiej w Olsztynie. Badany stał pod zarzutem zabójstwa (sprawa II Ds. 25/63) (szerzej J. Widacki, *Historia badań poligraficznych w Polsce*, [w:] *Badania poligraficzne w Polsce...*, op. cit., s. 35).

⁴ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 19 marca 1928 r. - Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1928 r. Nr 33, poz. 313 ze zm.).

⁵ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. - Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1969 r. Nr 13, poz. 96 ze zm.); w życie wszedł w dniu 1 stycznia 1970 r.

⁶ W czasie obowiązywania kodeksu postępowania karnego z 1969 r. Sąd Najwyższy odnosił się kilkakrotnie do kwestii dopuszczalności badań poligraficznych w pro-

we znaczenie miał w tym zakresie wyrok SN z dnia 25 września 1976 r. wskazujący, że badania poligraficzne są dopuszczalne, jednak „mają jedynie charakter pomocniczy i nie mogą stanowić samodzielnego dowodu dającego podstawę do konkretnych ustaleń”⁷ oraz że „takie badania mają przede wszystkim na celu wykazanie związku emocjonalnego badanej osoby z danym zdarzeniem”. W innych judykatach akceptujących wykorzystanie poligrafu w procesie karnym najczęściej wskazywano i „wynik badania wariograficznego może stanowić istotne ogniwo w łańcuchu poszlaków”⁸. Wiadomo ci o możliwościach związanych z zastosowaniem badań wariograficznych w procesie karnym dotarły także do powszechnej wiadomości, po tym gdy tego rodzaju badania prowadzone m.in. przez Jubilata istotnie przyczyniły się do wytypowania, a nawet skazań, licznych sprawców zabójstw⁹, w tym w ówczesnie bardzo głośnych procesach karnych wytoczonych przeciwko seryjnym zabójcom na tle seksualnym: Zdzisławowi Marchwickiemu¹⁰ oraz Joachimie Knychale¹¹.

W procesie karnym. W judykatach rozważało się wartość takiego dowodu, warunki i formę jego przeprowadzania. Forma i zakres badań poligraficznych na gruncie kodeksu ukształtowały się ostatecznie pod wpływem głosów doktryny i niektórych orzeczeń Sądu Najwyższego (W. Daszkiewicz, M. Jeż-Ludwichowska, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 25.IX.1976 r.*, II KR 171/76, „Prokuratura i Prawo” 1979, nr 5, s. 173-179; S. Walto, *Warunki zastosowania poligrafu w procesie karnym*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 1978, nr 24, s. 1; *idem*, *Badania poligraficzne w Polsce w świetle przepisów prawa, poglądów Sądu Najwyższego i nauki*, [w:] *Wykorzystanie badań poligraficznych w sprawach karnych* [materiały konferencji], Katowice 1978, s. 3 i 5; J. Widacki, *Analiza przesłanek diagnozowania*, *op. cit.*; S. Walto, J. Widacki, *Glosa do wyroku*, *op. cit.*, s. 7-8; wyrok SN z dnia 8 lipca 1980 r., III KR 211/80, OSNPG 1981, z. 1, poz. 15; wyrok SA w Krakowie z dnia 2 grudnia 1993 r., II AKr 268/93, OSA 1994, z. 5, poz. 31. Oczywiście funkcjonowały także poglądy przeciwnie, kwestionujące wartość dowodów tej techniki (por. np. wyrok SA w Białymstoku z dnia 14 maja 1998 r., II AKa 25/98, OSAB 1998, z. 2, poz. 26) lub wskazujące, że podważa ona zasadę swobodnej oceny dowodów (wyrok SA w Poznaniu z dnia 2 grudnia 1993 r., II AKr 268/93, OSA 1994, z. 5, poz. 31).

⁷ Wyrok SN z dnia 25 września 1976 r., II KR 171/76, LEX nr 21726.

⁸ Postanowienie SA w Lublinie z dnia 4 grudnia 1996 r., II AKz 385/96, OSA 1998, z. 1, poz. 9.

⁹ J. Widacki, A. Felu, *Glosa do wyroku*, *op. cit.*, s. 41-46.

¹⁰ W 1976 r. eksperci WSW badali poligraficznie wielokrotnego zabójcę kobiet na tle seksualnym Zdzisława Marchwickiego, zwanego „Wampirem z Zagłębia”. To właśnie na tle tej sprawy orzekł Sąd Najwyższy w cyt. wyroku z dnia 25 września 1976 r. (rozpoznając rewizję od wyroku Sądu Wojewódzkiego w Katowicach). Szerzej: J. Widacki, *Historia badań poligraficznych w Polsce*, *op. cit.*, s. 51-73.

¹¹ Jak zauważa J. Widacki, występujący w tej sprawie w charakterze biegłego poligrafera: „W sprawie seryjnych zabójstw z motywów seksualnych (których spraw-

Obowiązujący od 1 września 1998 r. kodeks postępowania karnego¹², a do wejścia w życie nowelizacji z 2003 r.¹³, wprowadzając przepisy art. 192a i art. 199a, nie ułatwiał odnalezienia jednoznacznych odpowiedzi na pytania nurtujące doktrynę i judykaturę. Jedynym przepisem, który od 1 września 1998 r. do 30 czerwca 2003 r. odnosił się bezpośrednio do dopuszczalności badań poligraficznych w procesie karnym, był art. 171 § 4 k.p.k. w następującym brzmieniu: „niedopuszczalne jest [...] stosowanie hipnozy albo środków chemicznych lub technicznych wpływających na procesy psychiczne przesłuchiwanej osoby albo mających na celu kontrolę nie wiadomych reakcji jej organizmu w związku z przesłuchaniem”. Dla wielu przedstawicieli doktryny przepis ten wysławiał bezwzględny zakaz wykorzystania poligrafu w procesie karnym, dla innych bezwzględny zakaz od czasu wejścia postępowania przygotowawczego w fazę *in personam*¹⁴. Niektórzy przedstawiciele doktryny, w tym Pan Profesor Widacki, oraz niektóre judykaty prezentowały odmienny pogląd, zbliżony do dominującej linii orzecniczej ukształtowanej na gruncie kodeksu postępowania karnego z 1969 r., wskazując, iż wykładnia literalna i systemowa tego przepisu prowadzi do wniosków, że ustawodawca zakazał stosowania poligrafu „w związku z przesłuchaniem”, co nie wyklucza przeprowadzenia takiego badania jako dowodu z ekspertyzy przez biegłego na każdym etapie postępowania, pod warunkiem iż badanie nie ma „związku z przesłuchaniem”¹⁵.

co okazał się Joachim Knychala) w celach eliminacyjnych przebadano kilkaset osób, wytypowanych przez milicję jako ewentualne osoby podejrzewane. Sam Joachim Knychala wytypowany został jako sprawca m.in. także dzięki badaniom poligraficznym. Jednym z dowodów, na jakich oparto akt oskarżenia, a następnie wyrok skazujący, były badania poligraficzne” (*idem, Historia badań poligraficznych w Polsce., op. cit., s. 54*). Sąd Wojewódzki w Katowicach, jak i późniejszy Sąd Najwyższy, przyjął opinię z badań bez zastrzeżeń jako dowód w sprawie (szerzej: *idem, Zabójca z motywów seksualnych., op. cit.*).

¹² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555 ze zm.).

¹³ Ustawa z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego, ustawy - Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o wiadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. z 2003 r. Nr 17, poz. 155).

¹⁴ Cyt. wyrok SA w Białymstoku z dnia 14 maja 1998 r.

¹⁵ S. Walto, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 1998, s. 359; J. Widacki, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 21 grudnia 1998., op. cit., s. 237-239*; postanowienie SN z dnia 21 grudnia 1998 r., IV KO 101/98, „Palestra” 1999, nr 3-4, s. 237.

1 lipca 2003 r. zaczęła obowiązywać nowelizacja kodeksu postpowania karnego z dnia 10 stycznia 2003 r., pozostawiająca w niezminionej wersji zakaz stosowania poligrafu „w związku z przesłuchaniem” (art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k.), jednak wprowadzając art. 192a k.p.k.¹⁶ i art. 199 i 199a¹⁷ k.p.k. odnoszące się *expressis verbis* do badań poligraficznych. Te przepisy ostatecznie przesądziły spory na rzecz zwolenników dopuszczalności badań poligraficznych w procesie karnym¹⁸. Nowelizacja nie przeczyła jednak ostatecznie wszystkim prezentowanym w doktrynie i orzecznictwie wątpliwości. Wskazywano, iż przepisy art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k., art. 192a § 2 k.p.k. i art. 199a k.p.k. są niejasno sformułowane. Wątpliwość budziła przede wszystkim kwestia interpretacji wyrażenia „w związku z przesłuchaniem” zawarta w dyspozycji art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k. Pojawiały się głosy, że ów zakaz należy rozumieć w taki sposób, iż regulacja ta wyklucza dopuszczenie, przeprowadzenie i wykorzystanie w procesie karnym dowodu z ekspertyzy wariograficznej dotyczącej osoby, której przedstawiono zarzuty (podejrzanego) lub którą postawiono w stan oskarżenia (oskarżonego). W konsekwencji podnoszono, że art. 199a k.p.k. nie stanowi samodzielnej podstawy przeprowadzenia dowodu z ekspertyzy wariograficznej dotyczącej podejrzanego, a nawet oskarżonego¹⁹. Jak wskazuje argu-

¹⁶ „Dział V. Dowody. Rozdział 21. Wiadomości. Art. 192a k.p.k.: § 1. W celu ograniczenia kręgu osób podejrzanych lub ustalenia wartości dowodowej ujawnionych śladów można pobrać odciski daktyloskopijne, wyciągi z taśm zapisu, włosy, linie, próbki pisma, zapach, wykonać fotografię osoby lub dokonać utrwalenia głosu. Po wykorzystaniu w sprawie, w której dokonano pobrania lub utrwalenia, pobrany lub utrwalony materiał zbierany dla postpowania należy niezwłocznie usunąć z akt i zniszczyć. § 2. W wypadkach, o których mowa w § 1, za zgodą osoby badanej biegły może również zastosować środki techniczne mające na celu kontrolowanie nieświadomych reakcji organizmu tej osoby. § 3. Badania i czynności, o których mowa w § 1 i art. 192 § 1, wykonuje się odpowiednio w warunkach i w sposób określony w przepisach wydanych na podstawie art. 74 § 4”.

¹⁷ „Rozdział 22. Biegli, tłumacze, specjaliści. Art. 199 k.p.k.: Złocone wobec biegłego albo wobec lekarza udzielającego pomocy medycznej o wiarygodności oskarżenia, dotyczą zarzucanego mu czynu, nie mogą stanowić dowodu. Art. 199a k.p.k. Stosowanie w czasie badania przez biegłego środków technicznych mających na celu kontrolowanie nieświadomych reakcji organizmu badanej osoby może być wyłącznie za jej zgodą. Przepisu art. 199 nie stosuje się”.

¹⁸ P. Wierk, *Badanie poligraficzne po nowelizacji kodeksu postpowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2003, t. 9, nr 49, s. 49-50; J. Widacki, *Sytuacja prawna badań poligraficznych...*, *op. cit.*

¹⁹ Tak: np. postanowienie SA w Katowicach z dnia 25 kwietnia 2007 r., II AKO 67/07, LEX nr 314199; wyrok SA w Lublinie z dnia 25 marca 2010 r., II AKa 15/2010; wyrok SA w Lublinie z dnia 20 grudnia 2012 r., II AKa 283/12, LEX

mentacja przeciwników dopuszczenia ekspertyzy z badań poligraficznych na etapie postępowania karnego dalszym niż faza *in rem*, źródło konfliktu ma głębszą przyczynę niż spór wokół wykładni zakazu wyświadczonego w art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k. Wydaje się, że inaczej rozumiejąc charakter i wartość dowodu z badań poligraficznych oraz wniosków zawartych w opinii biegłego poligrafera, nie czyni to zwolennicy uznania art. 192a § 2 k.p.k. i art. 199a k.p.k. za przepisy dotyczące dwóch różnych sytuacji procesowych. Wiele wskazuje, że za kolejny punkt zwrotny w historii poligrafu w polskim procesie karnym będzie może na uznanie postanowienie SN z dnia 29 stycznia 2015 r.²⁰, kompleksowo analizujące zasady sygnalizowane powyżej w tym względzie²¹, a próbowane komentowane w doktrynie²² i przywoływane w orzecznictwie sądów powszechnych²³.

Charakter i wartość dowodu z badań poligraficznych

Jak się wydaje, sprzeciw względem dopuszczenia badań poligraficznych w procesie karnym, tym silniejszy, im bardziej zaawansowany etap postępowania, ma źródło w mylnym rozumieniu charakteru i wartości dowodu z badań poligraficznych. Takie ujęcie wynika z założenia, że wynik

1292674; wyrok SO w Koszalinie z dnia 6 września 2013 r., V Ka 477/13, LEX nr 1715462; wyrok SA w Białymstoku z dnia 25 lutego 2014 r., II AKa 28/14, <http://orzeczenia.bialystok.sa.gov.pl> (portal orzeczeń SA w Białymstoku); wyrok SO w Poznaniu z dnia 23 lipca 2015 r., XVII Ka 459/15, LEX nr 1966614.

²⁰ Postanowienie SN z dnia 29 stycznia 2015 r., I KZP 25/14, OSNKW 2015, nr 5, poz. 38.

²¹ Jak trafnie zauważa R. Kmiecik, niedosyt pozostawia jedynie wciąż niejasna *ratio* przepisu art. 199a zd. 2 k.p.k. wyłączenia czołowego operatora wariografu spod rygoru zakazu przewidzianego w art. 199¹ k.p.k., który w stosunku do innych biegłych wszelkich specjalności stanowi, że „złożone wobec biegłego [...] o wiadczenia oskarżonego dotyczące zarzucanego mu czynu, nie mogą stanowić dowodu” (*idem*, *Glosa do postanowienia S du Najwyższego z dnia 29 stycznia 2015 r., I KZP 25/14*, OSP 2015, z. 12, s. 121 i nast.).

²² R. Kmiecik, *Glosa. op. cit.*; J. Widacki, *Glosa do postanowienia S du Najwyższego z dnia 29 stycznia 2015 r., op. cit.*; A. Szuba-Boro, J. Widacki, *Badania poligraficzne*, op. cit.; M. Gołaszewski, *Badania poligraficzne w polskim procesie karnym po Postanowieniu S du Najwyższego z dnia 29 stycznia 2015 r.*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2015, nr 13, s. 139-150. Przeciwnie: P. Herbowski, P. Jówiak, *Glosa do postanowienia S du Najwyższego z dnia 29 stycznia 2015 r., I KZP 25/14*, „Przegląd Sądowy” 2016, z. 3, s. 133-141.

²³ Postanowienie SN z dnia 25 sierpnia 2015 r., III KK 51/15, OSNPG 2015, nr 12, poz. 7; wyrok SA w Lublinie z dnia 26 lutego 2015 r., II AKa 318/14; wyrok SA w Łodzi z dnia 7 grudnia 2016 r., II AKa 157/16, LEX nr 2278236.

badania poligraficzne sprawuje rolę nadrzędną nad innymi dowodami, a badanie poligraficzne jest niemal równorzędne całemu postępowaniu dowodowemu. Przyjęcie, że ekspertyza poligraficzna jest „dowodem prawdopodobnie prawdziwym” oskarżonego lub świadka, a zatem bezpośrednim dowodem winy (lub niewinności) oskarżonego, istotnie nakazuje stwierdzić, że jej zastosowanie godzi chociażby w zasadę swobodnej oceny dowodów przeprowadzanej przez sąd z uwzględnieniem zasad wiedzy i do wiadczenia świątecznego i zawsze pozostaje w zakazanym „związku z przesłuchaniem”, gdy jest formą weryfikacji dowodu bezpośredniego, jakim są wyjaśnienia oskarżonego oraz zeznania świadka²⁴. Jest to jednak założenie błędne, wynikające z niezrozumienia, czego w istocie dotyczą wnioski przedstawiane w opinii przez biegłego poligrafa. Jak wielokrotnie podkreślał w swoich publikacjach Profesor Jan Widacki, poligraf nie jest „wykrywaczem kłamstw” wyrażającym organy procesowe w ocenie wiarygodności zeznań, ale wykrywaczem istotnych bodźców testowych dla badanego, za badanie poligraficzne polega na „obserwacji i rejestracji fizjologicznych korelatów emocji”²⁵ i umożliwia²⁶ „wykrycie zjawisk fizjologicznych i emocjonalnych towarzyszących kłamstwu”²⁷. W związku z powyższym „zadaniem eksperta biegłego, jeżeli badanie jest przeprowadzone w ramach ekspertyzy w procesie, jest ustalenie, czy po pytaniach krytycznych testów u badanego wystąpiły reakcje fizjologiczne i czy są to reakcje typowe dla osób, które na pytania krytyczne odpowiadały nieszczerze: tj. wiadomości skłamały albo ukrywały fakt posiadania pewnych emocji”²⁸. Zatem wynik badania wariograficznego dowodzi jedynie tego, jakie były reakcje badanej osoby na zadawane jej pytania, za warto dowodów zeznań i wyjaśnień ocenia nie biegły poligraf, a sąd na zasadach ogólnych. Na zasadach ogólnych sąd ocenia także wnioski zawarte w ekspertyzie biegłego operatora poligrafu. W związku z powyższym, nie ma przeszkód, aby zostały wykorzystane zarówno na poparcie stanowiska obrony, jak i stanowiły pełnowartościowy dowód potwierdzający tezę oskarżenia²⁹.

Jak już wspomniano, badanie poligraficzne wykazuje jedynie, że osoba badana na pytanie krytyczne zareagowała w sposób typowy dla osób

²⁴ Tak: cyt. wyrok SA w Białymstoku z dnia 25 lutego 2014 r.; patrz też cyt. wyrok SA w Poznaniu z dnia 2 grudnia 1993 r.

²⁵ J. Widacki, *Historia badań poligraficznych w Polsce*, op. cit., s. 15.

²⁶ M. Gołaszewski, *Badania poligraficzne w polskim procesie karnym*, op. cit., s. 145.

²⁷ J. Widacki, *Opinia z badań poligraficznych*, op. cit., s. 7-8.

²⁸ Idem, *Identyfikacja przez badanie ładów emocjonalnych*, [w:] *Kryminalistyka*, red.

J. Widacki, wyd. 2, Warszawa 2002, s. 409, 417.

²⁹ Wyrok SN z dnia 1 lutego 2008 r., V KK 231/07, OSNKW 2008, nr 4, poz. 27.

odpowiadających nieświerze lub ukrywających fakt posiadania informacji, o które jest pytana, albo przeciwnie, reagowała przy odpowiedziach na pytania krytyczne w sposób, w jaki typowo reaguje osoba prawdomówna, ewentualnie reakcje osoby badanej nie dają dostatecznych podstaw do przypisania jej do którejkolwiek z tych dwóch grup i wskazują, aby uznać jej przypadek za nierozstrzygnięty³⁰. Zatem z istoty tego badania wynika, że w nawet w przypadkach rozstrzygniętych nie dowodzi ono kategorycznie, iż dana osoba kłamie lub mówi prawdę, a jedynie tego, że reaguje na zadawane jej pytania w sposób typowy dla większości osób nieprawdomównych albo mówi cich prawd³¹. I to właśnie ta informacja uzyskana od biegłego jest rodzkiem dowodowym, nadającym się na przesłankę w rozumowaniu dowodowym³². Prawidłowo przeprowadzone badanie poligraficzne dostarcza dowodu o określonej wartości diagnostycznej, która wprawdzie nie daje 100% pewno ci, ale jak wiadomo takiej pewno ci nie daje żadna metoda znana naukom ślowym. Warto diagnostyczna badania poligraficznego jest zatem porównywalna z warto ci diagnostyczn innych metod identyfikacji stosowanych w procesie rutynowo i podlega na równi z innymi dowodami swobodnej ocenie dowodów, dokonywanej zawsze w kontek cie innych dowodów³³. W tej perspektywie oczywiste jest, że wyniki badania poligraficznego wskazują, że osoba badana na krytyczne pytania reaguje w sposób typowy dla 85-90% osób odpowiadających nieświerze lub ukrywających fakt posiadania informacji albo przeciwnie mówi cich prawd, „nie może być wprost wykorzystany jako dowód winy lub niewinno ci”³⁴. Nie powinno to budzić w wąpliwo ci twierdzenie, że ekspertyza poligraficzna nie stanowi adnego wyłomu w jednej z najistotniejszych prerogatyw sądu orzekającego, tj. wynikają temu z art. 7 k.p.k. prawu swobodnej oceny dowodów.

Zaprezentowane powyżej ujęcie leży u podstaw tez postawionych m.in. w cyt. postanowieniu SN z dnia 29 stycznia 2015 r.³⁵ Są d Naj-

³⁰ Szerzej: A. Ibek, *Poprawno opinii z badań poligraficznych z perspektywy logiczno-metodologicznej*, [w:] *Badania poligraficzne w Polsce*, op. cit., s. 219-220.

³¹ J. Widacki, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 2015*, op. cit. Jak wskazuje literatura przedmiotu, „typowa reakcja” to reakcja 80-95 na każdych 100 badanych z danej kategorii (szerzej A. Ibek, *Poprawno opinii*, op. cit., s. 220).

³² J. Widacki, *W sprawie wyboru techniki*, op. cit., s. 273.

³³ *Idem*, *Warto diagnostyczna*, op. cit.; *idem*, *Logical Identity of Conclusions*, op. cit., s. 1-10.

³⁴ Cyt. wyrok SA w Lublinie z dnia 26 lutego 2015 r.

³⁵ Celem opinii biegłego poligrafera przeprowadzanej na podstawie art. 199a k.p.k. jest „weryfikowanie wartości dowodowej o wiarygodności badanej osoby” ekspertyza „służy ujawnieniu i zabezpieczeniu emocjonalnych łądów określonych zdarze

wy szy potwierdził w nim, e wynik badania wariograficznego mo e by tylko jednym z dowodów przeprowadzonych w sprawie, jednak nie jako dowód wiadczy o okre lonych okoliczno ciach (czyli dowód bezpo redni), lecz taki, który wskazuje na sposób reagowania przesłuchiwa nych na zadawane pytania. Jak podkre la S d Najwy szy, aden dowód po redni, w tym ekspertyza poligraficzna, nie mo e słu y samodzielnej weryfikacji dowodu bezpo redniego lub do samodzielnego ustale nia faktu głównego w procesie. Jak si wydaje, dla S du Najwy szego dowód pomocniczy i dowód po redni to synonimy oznaczaj ce przeci wie stwo dowodu samodzielnego (bezpo redniego)³⁶ . Tym samym wy niki takiego badania nie mog , zast puj c samodzielne (bezpo rednie) dowody, wiadczy o sprawstwie albo niewinno ci, ale powinny by oce nione „w kontek cie innych przeprowadzonych dowodów”³⁷. Jak traf nie konkluduje Jan Widacki, „dowód z opinii z bada poligraficznych nie jest bardziej »po redni« (ani bardziej »pomocniczy«) ni jakikolwiek inny dowód z opinii biegłego”³⁸. Uznanie dowodu z opinii biegłego po ligrfera za „dowód po redni” lub „pomocniczy” nie czyni go wyj tkowym w porównaniu z opiniami biegłych z zakresu innych specjalno ci: przeciwnie one tak e nie mog stanowi samodzielnej podstawy do wy dania wyroku³⁹.

Nale y zauwa y , e nazwanie dowodu „po rednim” lub „pomocni czym” słu y podkre leniu, e ocena tego dowodu powinna by szczegól-

w psychice badanego, a wi c ustaleniu istnienia u niego wiedzy (b d stwierdze nie jej nieistnienia) o realiach danego zdarzenia”. Wyniki badania poligraficznego nie powinien „by podstaw do wyci gania wprost na jego podstawie wniosków co do wiarygodno ci danej osoby”, lecz taki, „który wskazuje na sposób reagowa nia przesłuchiwa nych na zadawane pytania” (z uzasadnienia cyt. postanowienia SN z dnia 29 stycznia 2015 r.). Oczywi cie nie jest to pierwsze i jedyne orzeczenie wysławiaj ce tego rodzaju pogl dy na charakter i warto dowodu z opinii bie głego poligrfera: przykładowo wyrok SA w Krakowie z dnia 15 stycznia 2004 r., II AKa 24/03, KZS 2004, z. 5, poz. 27; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 10 kwiet nia 2014 r., II AKa 83/14, LEX nr 1467021; postanowienie SN z dnia 28 pa d zniernika 2014 r., III KK 232/14, LEX nr 1552147; wyrok SA w Gda sku z dnia 5 listopada 2014 r., II AKa 363/14, LEX nr 1927977; wyrok SA w Gda sku z dnia 17 grudnia 2014 r., II AKa 274/14, KSAG 2015, nr 2, s. 221-231; cyt. postano wienie SN z dnia 25 sierpnia 2015 r.; cyt. wyrok SA w Lublinie z dnia 26 lutego 2015 r.; cyt. wyrok SA w Łodzi z dnia 7 grudnia 2016 r.

³⁶ J. Widacki, *Glosa do postanowienia S du Najwy szego z dnia 29 stycznia 2015.*, *op. cit.*

³⁷ Cyt. postanowienie SN z dnia 25 sierpnia 2015 r.

³⁸ J. Widacki, *Glosa do postanowienia S du Najwy szego z dnia 29 stycznia 2015.*, *op. cit.*

³⁹ *Ibidem*; podobnie *idem*, *Opinia z bada poligrafi cznych.*, *op. cit.*, s. 6.

nie ostro na, a oprócz tego dowodu potrzebne są jeszcze inne. Nie ujmując to jednak w niczym dobrze znanej i wysokiej wartości diagnostycznej badań poligraficznych na tle innych metod z zakresu nauk ścisłych i niepodważa twierdzenia, iż jest to dowód naukowy⁴⁰. Trudno się zgodzić z poglądami, które w pojęciu „dowód po redni” i „dowód pomocniczy” zdają się dopatrywać znaczenia pejoratywnego, za zaliczenie wyników ekspertyzy wariograficznej do kategorii dowodów po rednich uznają za niesłusznie ujmujące wartość naukową i dowodową tej metody.

Dopuszczalność badań poligraficznych w celach eliminacyjnych (dla zawieszenia kręgu osób podejrzanych)

Zgodnie z art. 192a k.p.k. celem przeprowadzenia badań w nim opisanych, w tym przeprowadzonego przez biegłego badania poligraficznego, jest ograniczenie kręgu podejrzanych oraz ustalenie wartości dowodowej ujawnionych ładów (działania eliminacyjne, badania przesiewowe). W chwili przeprowadzania czynności opisanych w art. 192a k.p.k. osoby, wobec których są one podejmowane, nie mają jeszcze formalnie statusu podejrzanych czy też wiadków. Mogą mieć nieformalny status „osoby podejrzanej” („osoby faktycznie podejrzanej”), co oznacza, że wokół niej koncentruje się jedna z wersji ledczych, jednak poza „uzasadnionym podejrzeniem popełnienia przestępstwa”, stanowi cym w rozumieniu art. 303 § 1 k.p.k. przesłankę wszczęcia postępowania przygotowawczego, nie zgromadzono jeszcze dowodów, które uzasadniałyby „dostatecznie podejrzenie, że czyn popełniła określona osoba” (art. 313 § 1 k.p.k.), implikujące postawienie sprawy zarzutów i przenoszące postępowanie przygotowawcze z fazy *in rem* w fazę *in personam*.

Na tle art. 192a k.p.k. pojawiały się poglądy, iż ekspertyzy biegłego poligrafa wykonane w toku badań przesiewowych nie wolno wykorzystać dowodowo na dalszych etapach postępowania jako dowodu

⁴⁰ Odmienne: P. Herbowski, P. Jówiak, *Glosa., op. cit.*, s. 133-141. Autorzy ci wskazują m.in., iż uznanie dowodu z badania poligraficznego za dowód po redni prowadzi do zminimalizowania znaczenia opinii z tych badań, oznacza odmówienie wartości dowodowej wynikom badań poligraficznych „gdy mają one znaczenie odcinające jako skuteczna przeciwwaga dla dowodów oskarżenia opartych jedynie na poszlakach czy pomówieniach, zwłaszcza pochodzących wyłącznie z innych współoskarżonych”, a tym samym tworzy „pozaustawową regułę dowodową sprzeczną z zasadą swobodnej oceny dowodów”, pozostaje to „wraz z wyjątkami sprzeczne z dyrektywami interpretacji przepisów procesu karnego umieszczonymi przez prawodawcę w treści art. 2 § 1, względnie wyjątkowo także w treści art. 5 § 2 k.p.k.”

przeciwko osobie badanej, jeżeli uzyskała ona status podejrzanego, gdy stanowiłoby to obejście zakazu stosowania poligrafu „w związku z przesłuchaniem”⁴¹. Pogląd ten należy odrzucić, ponieważ wiążą się one z omówionym na wstępie do niniejszych rozważań błędem polegającym na traktowaniu ekspertyzy poligraficznej w kategoriach swoistego „superdowodu” weryfikującego inne dowody, w tym dowody bezpośrednio w postaci wyjaśnienia oskarżonego i zeznań świadków⁴². Jak już wspomniano, ekspertyza poligraficzna ma taki sam status jak wszystkie inne ekspertyzy biegłych – będące dowodami pośrednimi i których wartość dla postępowania nie przekreśla okoliczność, że zostały przeprowadzone w takiej lub innej fazie postępowania karnego. Nie ma zatem przeszkód, aby wartość dowodową przypisać opiniom biegłego poligrafera wydanym w trybie art. 192a § 2a k.p.k., które jako rodki dowodowe o charakterze poszlakowym podlegają swobodnej ocenie prokuratora lub sądu, jeżeli nie zostaną uznane za zbędne i zniszczone (art. 192a § 1 w zw. z § 2 k.p.k.)⁴³.

Natomiast zupełnie odrębna kwestia jest poprawno metodologiczna badania poligraficznego. W literaturze przedmiotu opisuje się zagadnienie spadku wartości diagnostycznej badania poligraficznego wraz z wykonywaniem uprzednio względem osoby mającej być poddane badaniu innych czynności procesowych. A zatem z tej perspektywy celowe jest przeprowadzanie tego rodzaju ekspertyzy w możliwie najwcześniejszej fazie postępowania⁴⁴. Przeprowadzenie przez biegłego badania z naruszeniem zasad poprawności metodologicznej zawsze wpływa na wartość całego dowodu w konkretnej sprawie⁴⁵. Nie inaczej jest w odniesieniu do opinii biegłego poligrafera. Jednak kategorię wniosek, i chociaż opinia poligraficzna wykonana pół godziny po kilkudziesięciu godzinach od zatrzymania traci swój walor procesowy, jest nieuprawniona⁴⁶. Zamiast zweryfikować kwestię poprawności metodologicznej

⁴¹ Postanowienie SN z dnia 9 lutego 2010 r., II KK 198/09, LEX nr 575816.

⁴² Tak: A. Cempura, A. Kasolik, J. Widacki, *Badania poligraficzne w orzecznictwie sądów polskich*, [w:] *Badania poligraficzne w Polsce*, *op. cit.*, s. 131.

⁴³ R. Kmiecik, *Glosa*, *op. cit.*

⁴⁴ Tak np. w: *Kryminalistyka*, red. J. Widacki, *op. cit.*, s. 379-380.

⁴⁵ A. Cempura, A. Kasolik, J. Widacki, *Badania poligraficzne*, *op. cit.*, s. 133.

⁴⁶ Tak np. wyrok SA w Krakowie z dnia 19 sierpnia 1999 r., II AKa 147/99, „Palestra” 2000, nr 2-3, s. 251: „Opinia z badania wariograficznego nie tylko nie jest dowodem pomocniczym, a nigdy rozstrzygającym, to winna być wykonana jak najszybciej (ocenia się, że do kilkudziesięciu godzin od zatrzymania) inaczej traci swój walor procesowy”; podobnie cyt. postanowienie SN z dnia 21 grudnia 1998 r.

konkretnego badania i oceni wartość opartej na nim opinii dowodowej, sąd wyrażając tego rodzaju generalno-abstrakcyjne stwierdzenia, wkracza na pole zarezerwowane dla biegłych i samodzielnie ustala okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy i wymagające wiadomości specjalnych (art. 193 § 1 k.p.k.), co więcej tego rodzaju stwierdzenia podważa zasadę swobodnej oceny dowodów.

W doktrynie funkcjonował także pogląd, iż art. 192a § 2 k.p.k. uprawnia do „rozpytania wariograficznego”, czyli do przeprowadzenia „rozmów” w celu ograniczenia kręgu osób podejrzanych lub ustalenia wartości dowodowej zebranych śladów. Rozmowy w ramach tego rozpytania miałyby być nieprotokołowane i niewłączone do akt sprawy. Biegły z tego rodzaju badań miałby sporządzić opinię a „sprawozdanie”. Pogląd ten spotkał się z krytyką⁴⁷. Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 29 stycznia 2015 r. wskazuje, że zarówno w przypadku badań opisanych w art. 192a § 2 k.p.k., jak i w art. 199a k.p.k. badanie może przeprowadzić wyłącznie biegły poligrafer⁴⁸, co implikuje twierdzenie, że wykluczone jest w tym trybie stosowanie wariografu przez organ prowadzący postępowanie, czyli „prowadzenie swego rodzaju rozpytania wariograficznego” przez przedstawicieli organów ścigania. Tezę tę doprecyzowuje Romuald Kmiecik, wskazując, że „rozpytanie wariograficzne” jest możliwe jedynie w toku działań przedprocesowych (operacyjno-rozpoznawczych). Wyniki takich działań operacyjno-rozpoznawczych nie mają waloru dowodowego, a jedynie umożliwiają weryfikację informacji osobowych na etapie przedprocesowym⁴⁹.

Dopuszczalno badania poligraficzne po wejściu
postępowania przygotowawczego w fazę *in personam*
i w postępowaniu sądowym (art. 199a k.p.k.).
Zakaz dowodowy przeprowadzania badania „w związku
z przesłuchaniem” (art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k.)

Art. 199a k.p.k. odnosi się do badań poligraficznych osoby mającej status procesowy świadka, podejrzanego, oskarżonego *sensu stricto*, dokonywanych w toku postępowania dowodowego. Jak zauważa Sąd

⁴⁷ A. Bulsiewicz, D. Kala, *Z problematyki karnoprosesowej badań wariograficznych w postępowaniu karnym*, [w:] Skargowy model procesu karnego. Księga ofiarowana Profesorowi Stanisławowi Stachowiakowi, red. A. Gerecka-Łołyńska et al., wyd. 1, Warszawa 2008, s. 39.

⁴⁸ Tak też: J. Widacki, *Opinia z badań poligraficznych*, op. cit., s. 6.

⁴⁹ R. Kmiecik, *Glosa*, op. cit., s. 121 i nast.

Najwyższy w cyt. postanowieniu z dnia 29 stycznia 2015 r., „przepis art. 199a k.p.k. dotyczy post powania karnego w fazie, w której toczy się ono przeciwko konkretnej osobie, a więc po przedstawieniu zarzutów - ze stadium post powania sądowego wyłącznie”⁵⁰. Jak podkreśla Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 25 sierpnia 2015 r., „z całą jednak pewnością badanie wariograficzne wskazane w art. 199a k.p.k. może być stosowane również w post powaniu sądowym i w zasadzie, nie dla celów eliminacyjnych określonych w art. 192a § 1 k.p.k.”⁵¹ Warunkami formalnymi przeprowadzenia takiego dowodu są: brak bezpośredniego związku z czynnością przesłuchania osoby badanej (art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k.), a także zgoda osoby badanej i pouczenie badanego, a także one wobec biegłego o wiadczenia mogą stanowić dowód (wyłączenie stosowania art. 199 k.p.k. wobec oskarżonego)⁵².

Nawiązując do pierwszego i budzącej najwyższą kontrowersję, z warunków formalnych przeprowadzenia, dowodu na podstawie 199a k.p.k., czyli braku bezpośredniego związku z przesłuchaniem, należy stwierdzić, że przesłuchanie to czynność procesowa prowadzona przez organ procesowy i utrwalana w formie protokołu. „Osoba przesłuchiwana”, w rozumieniu art. 171 k.p.k., to oskarżony (podejrzany), wiadek, biegły, specjalista lub kurator⁵³. Zawarte w dyspozycji art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k. wyrażenie „w związku z przesłuchaniem” ma szerszy zakres pojęciowy niż zwrot „podczas” lub „w czasie”⁵⁴ przesłuchania, jednak wskazuje się, że wyrażenia tego nie należy interpretować rozszerzająco⁵⁵. Należy je rozumieć z jednej strony w ten sposób, że niedopuszczalne jest użycie wariografu w taki sposób, który wytworzy taką sytuację, w której można wykazać oddziaływanie badania wariograficznego na przebieg przesłuchania lub wzajemne zależności badania i przesłuchania⁵⁶, a z drugiej strony trzeba mieć na uwadze, że badanie poligraficzne zawsze dotyczy kwestii poruszanych podczas przesłuchania. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że oznacza to zakaz przeprowadzania ekspertyzy bezpośrednio po lub bezpośrednio przed przesłuchaniem⁵⁷ lub w inny sposób,

⁵⁰ Cyt. postanowienie SN z dnia 29 stycznia 2015 r.; cyt. wyrok SA w Lublinie z dnia 26 lutego 2015 r.

⁵¹ Cyt. postanowienie SN z dnia 25 sierpnia 2015 r.

⁵² Cyt. postanowienie SN z dnia 29 stycznia 2015 r.; cyt. wyrok SA w Lublinie z dnia 26 lutego 2015 r.

⁵³ Cyt. wyrok SA w Krakowie z dnia 19 sierpnia 1999 r.

⁵⁴ P. wierk, *Badanie poligraficzne*, op. cit., s. 50.

⁵⁵ Cyt. postanowienie SN z dnia 25 sierpnia 2015 r.

⁵⁶ Cyt. postanowienie SN z dnia 29 stycznia 2015 r.

⁵⁷ Cyt. wyrok SA w Lublinie z dnia 26 lutego 2015 r.

powodujący i badanie poligraficzne mogłoby być odebrane przez osobę przesłuchiwaną jako „rodzaj nacisku lub zagrożenia”⁵⁸.

Jan Widacki i Anna Szuba-Boro wskazują, że chodzi tu o takie sytuacje jak np. obecność operatora wariografu przy przesłuchaniu; wyrażanie przez biegłego osoby prowadzącej przesłuchanie przez czynienie z badania, a szczególnie z fazy, jak jest wywiad przedtestowy, substytutu przesłuchania (nawizywanie w badaniu poligraficznym do treści przesłuchania w sposób szerszy niż to konieczne z uwagi na technik badania, dopytywanie się o okoliczności związane w perspektywie prawidłowo przeprowadzonego badania); odbieranie przez przesłuchującego o wiadczenia w przedmiocie zgody na badanie; tworzenie bloku czynności: przesłuchanie, w którym zapowiedziano badanie poligraficzne - badanie poligraficzne - przesłuchanie na okoliczności badania. Zakazu nie uchyla także zgoda osoby, która miałaby być przesłuchiwana przy użyciu wariografu. Konsekwencją przeprowadzenia przesłuchania wbrew zakazowi z art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k. jest zgodnie z treścią art. 171 § 7 k.p.k. stwierdzenie, że tego rodzaju wyjaśnienia, zeznania oraz o wiadczenia nie mogą stanowić dowodu⁵⁹.

Jak już wspomniano, w doktrynie i judykaturze wyrażano pogląd, iż regulacja art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 171 § 7 k.p.k. nie dopuszcza przeprowadzenia i wykorzystania w procesie karnym dowodu z ekspertyzy wariograficznej dotyczącej osoby, której przedstawiono zarzuty (podejrzanego) lub którą postawiono w stan oskarżenia (oskarżonego) oraz osoby, którą przesłuchano w charakterze świadka. Wyłączano tym samym możliwość stosowania badań poligraficznych w celach innych niż badania przesiewowe na podstawie art. 192a k.p.k.⁶⁰ U podstaw tego przekonania znalazł się pogląd opisany we wstępie, że rozważa, przyjmując, że w momencie pojawienia się figury podejrzanego tego rodzaju badanie zawsze pozostaje w zakazanym „związku z przesłuchaniem”, co wynikało z błędnego przekonania, iż badanie poligraficzne jest swoistym „superdowodem” mającym weryfikować dowód z przesłuchania świadka lub oskarżonego (podejrzanego). W związku z powyższym z aprobatą można przyjąć zwyczajowe poglądy mówiące, że art. 199a k.p.k. stanowi samodzielny podstaw przeprowadzenia dowodu z ekspertyzy wariograficznej. Badanie poligraficzne, które nie zostało wykonane w celach eliminacyjnych, a w celach dowodowych,

⁵⁸ Cyt. postanowienie SN z dnia 29 stycznia 2015 r.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Tak np. cyt. postanowienie SA w Katowicach z dnia 25 kwietnia 2007 r.; cyt. postanowienie SN z dnia 9 lutego 2010 r.; R. Stefanski [w:] J. Bartoszewski *et al.*, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2004, s. 880.

o ile nie miało bezpo redniego zwi zku z przesłuchaniem, jest niezale -
n od przesłuchania ekspertyz wykonan przez biegłego o charakterze
dowodu po redniego i mo e by wykonywane na wszystkich etapach
post powania karnego⁶¹.

Pozostałe warunki formalne i ograniczenia w przeprowadzaniu dowodu z ekspertyzy wariograficznej

Zgoda badanego na badanie poligraficzne

Na tle przepisów art. 192a oraz art. 199a. k.p.k. nie budzi w tpliwo-
ci obowi zek uzyskania zgody badanego na badanie poligraficzne⁶².
W kwestii konieczno ci uzyskania zgody badanego podnoszono na tle
zakazu wysłownego w art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 171 § 7
k.p.k., e powinien j uzyska biegły, nie za osoba prowadz ca prze-
słuchanie. Przyj to pogl d wyra any przez Tomasza Grzegorzcyka, i
zgoda mo e zosta skutecznie cofni ta, nawet po rozpocz ciu badania,
wówczas badanie powinno zosta przerwane, jednak „materiał badaw-
czy uzyskany w trakcie bada do momentu jej cofni cia mo e by wyko-
rzystany przez biegłego przy sporz dzaniu opinii oraz w dalszym post -
powaniu”⁶³. Brak zgody na badanie poligraficzne nie mo e powodowa
ujemnych konsekwencji procesowych nie powinien by interpretowany
„na korzy lub niekorzy osoby badanej”⁶⁴.

Wył czenie operatora wariografu spod rygoru zakazu przewidzianego w art. 199 k.p.k.

Art. 199 k.p.k. stanowi, e zło one wobec biegłego albo wobec lekarza
udzielaj cego pomocy medycznej o wiadczenia oskar onego, dotycz ce
zarzucanego mu czynu, nie mog stanowi dowodu. Pewne w tpliwo ci,
niestety nieb d ce przedmiotem rozwa a w adnym z najnowszych ju-
dykatów, budzi wykładnia art. 199a zd. 2 k.p.k. uchylaj cego stosowa-
nie art. 199 k.p.k. w odniesieniu do biegłego operatora wariografu. Czy
uchylenie tego zakazu w odniesieniu do biegłego operatora poligrafu

⁶¹ Tak np. A. Cempura, A. Kasolik, J. Widacki, *Badania poligraficzne*, *op. cit.*, s. 130
i cyt. tam literatura oraz orzecznictwo; cyt. postanowienie SN z dnia 29 stycznia
2015 r.; cyt. wyrok SA w Lublinie z dnia 26 lutego 2015 r.; cyt. postanowienie SN
z dnia 25 sierpnia 2015 r.

⁶² Postanowienie SN z dnia 17 pa dziernika 2012 r., IV KK 237/12, LEX nr 1226749.

⁶³ T. Grzegorzcyk, *Procesowe aspekty bada poligraficznych w wietle znowelizowanych
przepisów procedury karnej*, „Palestra” 2003, nr 11-12, s. 146.

⁶⁴ R. Kmiecik, *Glosa*, *op. cit.*; tak te : P. wierk, *Badanie poligraficzne*, *op. cit.*

oznacza, i istnieje możliwość dowodowego wykorzystania oświadczenia oskarżonego złożonego wobec biegłego w toku badania poligraficznego, w przeciwieństwie do takich samych oświadczeń złożonych wobec innych biegłych? Czy oświadczenia osoby badanej wariograficznie, tj. zwerbalizowana treść odpowiedzi, mogą być odrębnym od ekspertyzy poligraficznej rodzajem dowodowym, nawet wtedy, gdy badana osoba ma status procesowy oskarżonego *sensu largo*? Jak zauważa Władysław Władysławski, badanie poligraficzne wykonywane przez biegłego w ramach ekspertyzy nie może być substytucyjne wobec czynności procesowej przesłuchania, lecz wynika z tego, że biegłemu nie wolno m.in. namawiać badanego do przyznania się („bo badanie i tak to wykaże”), wypytywać o szczegóły niemające bezpośredniego znaczenia dla badania poligraficznego, wypytywać o inne osoby, o które badany nie będzie pytany w czasie badania⁶⁵. Kmieciuk trafnie wskazuje, iż oświadczenia osoby badanej wariograficznie (zwerbalizowana treść odpowiedzi, oświadczenie oskarżonego) nie może stanowić rodzaju dowodowego odrębnego od opinii operatora wariografu⁶⁶. Odmienne wykładnie przepisu art. 199a zd. 2 k.p.k. prowadzi do kolizji z zakazem z art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k., wyłączeniem przesłuchanie z użyciem wariografu, niezależnie od tego, w jakiej formie przesłuchanie jest realizowane. Kmieciuk stwierdza, że zasadna byłaby wykładnia przepisu art. 199a zd. 2 k.p.k. jako ustawowego, wyjątkowo udzielonego biegłemu-operatorowi wariografu zezwolenia na zadawanie pytań dotyczących faktu głównego i na formułowanie opinii wariograficznej na podstawie udzielonych odpowiedzi⁶⁷. Na tle powyższych uwag, przedstawiających opinię biegłego poligrafera jako ekspertyzę o charakterze nierozstrzygującym od ekspertyz sporządzanych przez biegłych z zakresu innych specjalności, wypada uznać pogląd Kmieciuka za słuszny.

Badanie poligraficzne jako przedmiot opinii biegłego.

Kilka uwag o standardzie metodologicznego
i merytorycznego weryfikowania opinii biegłych w zakresie
przydatności dostarczanych przez nich wiadomości
specjalnych na potrzeby postępowania karnego

Okoliczności, że badania poligraficzne w procesie karnym przeprowadza biegły, narzuca pewne rygory. Opinia biegłego musi zawierać określone

⁶⁵ J. Władysławski, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 2015.*, *op. cit.*

⁶⁶ P. Wierk, *Badanie poligraficzne*, *op. cit.*, s. 50.

⁶⁷ R. Kmieciuk, *Glosa*, *op. cit.*

prawem elementy formalne, pozwalające uznać je za dowód w postępowaniu karnym: biegłego musi powołać postanowieniem organ procesowy (art. 193 k.p.k.), badanie musi być wykonane przez biegłego z dowodu lub biegłego *ad hoc* (art. 195 k.p.k.). Po wykonaniu badania biegły ma obowiązek sporządzić zdanie opinii. Opinia ta musi spełniać wymogi formalne określone przez kodeks postępowania karnego (art. 200 § 2 k.p.k.)⁶⁸.

W świetle ustaleń naukowych nie ulega wątpliwości, że warto diagnostyczna badania poligraficznego należy do najdokładniej sprawdzonych⁶⁹. Jednak wysoka wartość diagnostycznej metody nie może przełożyć się na wartość dowodów konkretnego nadania, jeżeli jest ono przeprowadzone w sposób niezgodny z zasadami sztuki. Regulujące szczegółowo techniki, standardy dotyczące kwalifikacji poligraferów, czasu przeprowadzenia takich badań, sprzeczne metodyki oceny poligramów, a nawet rodzaj pomieszczenia i porę dnia, która najbardziej sprzyja uzyskaniu optymalnych wyników. Jak dowodzi analiza przeprowadzona przez Ann Ibek, poprawno opinii z badań poligraficznych z perspektywy logiczno-metodologicznej aktualnie budzi wiele zastrzeżeń⁷⁰. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że część osób zajmujących się badaniami poligraficznymi w Polsce, w tym niektórzy biegłi sędziwi, nie mają niezbędnego przeszkolenia i nie przestrzegają obowiązujących na wiecie profesjonalnych standardów⁷¹. Wskazuje się, że badania wykonywane są z lekceważeniem reguł sztuki, brak nad nimi kontroli ze strony środowiska naukowego⁷². Takie sądy podkreślają konieczność zachowania wyjątkowej ostrożności w ocenie rodzaju dowodowego, wskazując, że istnieje obiektywna możliwość „oszukania” biegłego prowadzącego badanie. Tymczasem literatura przedmiotu podnosi, że odpowiednio przeszkolony i do wiadczony biegły posiada także umiejętność w zakresie detekcji potencjalnych rodzajów zakłócających wyniki badania i w związku z powyższym trudno go „oszukać”. Wskazuje się na regres, jeżeli chodzi o poziom oraz o liczbę badań poligraficznych wykonywanych do celów procesowych, w porównaniu do stanu z przełomu lat siedemdziesiątych i osiemdziesiątych XX wieku⁷³. O regresie poziomu badań wiad-

⁶⁸ A. Szuba-Boro, J. Widacki, *Badania poligraficzne...*, *op. cit.*, s. 5-16.

⁶⁹ A. Cempura, A. Kasolik, J. Widacki, *Badania poligraficzne...*, *op. cit.*, s. 116.

⁷⁰ Szerzej: A. Ibek, *Poprawno opinii...*, *op. cit.*, s. 219-235.

⁷¹ J. Widacki, *Opinia z badań poligraficznych...*, *op. cit.*, s. 5.

⁷² M. Gołaszewski, *Badania poligraficzne w polskim procesie karnym...*, *op. cit.*, s. 146; por. *idem*, M. Widacki, *Aktualny standard badań poligraficznych a praktyka polska*, [w:] *Badania poligraficzne w Polsce...*, *op. cit.*, s. 151-217; J. Widacki, *Opinia z badań poligraficznych...*, *op. cit.*, s. 6-7.

⁷³ J. Widacki, *Historia badań poligraficznych w Polsce...*, *op. cit.*, s. 73-75.

cz dane empiryczne: „Co najmniej 30% opinii z bada poligraficznych wykorzystywanych w polskim procesie karnym zawierało wnioski zupełnie bezu yteczne, a dalszych kilkadziesi t procent - niejednoznaczne”, podczas gdy „procent nierozstrzygni tych wyników w innych krajach wynosi w odniesieniu do bada eksperymentalnych od 6 do 23%, za w badaniach w autentycznych sprawach: w USA - ok. 5%, w Japonii - 5,2%, a w byłej Jugosławii 6%”⁷⁴. Niech tne si ganie po dowód z opinii biegłego poligrafera oraz niewielka warto dowodowa wadliwie sporz - dzonych opinii wi e si nie tylko z obni eniem si poziomu bada , ale tak e z brakiem wiadomo ci po stronie osób prowadz cych post powanie przygotowawcze, które nie rozumiej ich istoty, nie potrafi takich bada wykorzysta i nie zlecaj ich w nale yty sposób⁷⁵.

W kontek cie powy szych uwag odno nie do w tpliwego poziomu bada poligraficznych wykonywanych przez niektórych biegłych warto przypomnie , e na tle rozdziału 22 k.p.k. w doktrynie procesu karnego oraz orzecznictwie wypracowany został standard metodologicznego i merytorycznego weryfikowania opinii biegłych w zakresie przydatno ci dostarczanych przez nich wiadomo ci specjalnych na potrzeby post powania karnego. Zatem opinia biegłego, tak e biegłego poligrafera, musi spełnia nie tylko wspomniane powy ej kryteria formalne. Organ procesowy, dbaj c o odpowiedni poziom merytoryczny opinii, powinien zadba zarówno o powołanie kompetentnego w danym zakresie wiedzy biegłego, jak i dochowa wszelkiej staranno ci w sformułowaniu postanowienia o powołaniu biegłego (tzw. odezwy do biegłego). Co prawda uregulowania proceduralne wprost nie przewiduj mo liwo ci weryfikowania kompetencji biegłego w zakresie wydania opinii dotycz cej zagadnie istotnych w danej sprawie, niemniej jednak przepisy wskazuj po rednio na tak mo liwo w art. 196 § 3 k.p.k., w którym jedn z przesłanek powołania innego biegłego jest ujawnienie si powodów osłabiaj cych zaufanie do wiedzy powołanego ju w sprawie biegłego. Zasad jest powoływanie do sporz dzenia tego typu analiz biegłych s dowych, a wi c osób, które po przeprowadzeniu odpowiedniej procedury weryfikacyjnej w zakresie posiadanych przez nich kompetencji zostaj wpisane na list biegłych prowadzon przez wła ciwego prezesa s du okr gowego, jako osoby, co do których istnieje domniemanie posiadania przez nich wiedzy specjalnej w danym zakresie wiadomo ci specjalnych. Niemniej jednak w wietle art. 195 k.p.k. do pełnienia czynno ci biegłego jest obowi zana tak e ka da osoba, o której wiado-

⁷⁴ M. Gołaszewski, M. Widacki, *Aktualny standard bada ., op. cit.*, s. 195.

⁷⁵ J. Widacki, *Opinia z bada poligraficznych., op. cit.*, s. 5 i nast.

mo, e ma odpowiedni wiedz w danej dziedzinie. Taka osoba mo e zosta powołana jako tzw. biegły *ad hoc*. Podkre li nale y, e jednym z fundamentalnych zało e metodologicznej poprawno ci opinii jest sporz dzenie jej przez osob posiadaj c wiadomo ci specjalne z danego zakresu wiedzy, co prowadzi do konieczno ci przyznania stronom post powania karnego prawa do zbadania, czy dany biegły w konkretnej sprawie ma merytoryczne kompetencje uprawniaj ce do stwierdzenia, e wyda opini spełniaj c wszystkie wymogi procesowe. Mo liwo weryfikowania faktu posiadania przez biegłego wiedzy specjalnej potrzebnej do wydania opinii w konkretnej sprawie jest aktualna równie wobec biegłych s dowych. Obowi zuj ce wobec nich domniemanie posiadania wiedzy specjalnej, wynikaj ce z faktu wpisania na list biegłych, mo e zosta bowiem obalone, je li oka e si , e biegły s dowy z danej specjalno ci nie prezentuje odpowiedniego poziomu wiedzy koniecznego do wydania opinii merytorycznie przydatnej w konkretnej sprawie. Weryfikacja posiadania przez biegłego wiadomo ci specjalnych z danego zakresu wiedzy mo e sprowadza si do uzyskania informacji odno nie do posiadanego wykształcenia, do wiadczenia zawodowego czy innych ródeł posiadanej przez niego wiedzy specjalnej z danego zakresu. Ka dorazowo nale y wi c zweryfikowa , czy biegły dysponuje wiadomo ciami specjalnymi niezb dnymi do stwierdzenia okoliczno ci maj cych istotny wpływ na rozstrzygni cie sprawy⁷⁶.

Jak ju wspomniano, istotne znaczenie ma tak e odpowiednie okrelenie przedmiotu i zakresu opinii, tak aby wyczerpywała ona wszystkie istotne zagadnienia ze stanowi cej materi opinii sfery wiedzy specjalnej. Oczywi cie niezwykle istotn przesłank warunkuj c merytoryczn przydatno pó niej sporz dzanej opinii biegłego jest okrelenie przez organ procesowy przedmiotu i zakresu opinii ze sformulowaniem, w miar potrzeby, pyta szczegóowych. Sposób sformułowania tzw. odezwy do biegłego, o której mowa w art. 194 pkt 2 k.p.k., zakre la biegłemu merytoryczne granice opinii. W szczególno ci kierowane do biegłego pytania powinny by tak skonstruowane, aby organ procesowy uzyskał wiedz specjaln w zakresie wszystkich istotnych okoliczno ci w sprawie, które nast pnie znajdowa b d przeło enie we wnioskach opinii⁷⁷. Merytoryczna kontrola sporz dzonej przez biegłego opinii ma aspekt pozytywny i negatywny. Pozytywny aspekt kontroli merytorycznej opinii sprowadza si do zbadania, czy wnioski z niej wynikaj ce zostały sformułowane z uwzgl dnieniem zasad prawidłowego rozumo-

⁷⁶ Wyrok SN z dnia 6 maja 1983 r., IV KR 74/83, OSNKW 1983, nr 12, poz. 102.

⁷⁷ Zob. R. Kaczor, *Etapy i kryteria oceny opinii biegłego w post powaniu karnym*, „Prokurator” 2010, nr 1-2, s. 47.

wania oraz wskaza wiedzy i do wiadczenia yciowego. Po pierwsze, opinia biegłego musi by logiczna, zgodna z do wiadczeniem yciowym i wskazaniem wiedzy, a wi c spełnia kryteria z art. 7 k.p.k., przez które zlecaj cy opini organ procesowy b dzie dokonywał oceny jej warto ci dowodowej. Negatywny aspekt kontroli merytorycznej opinii polega na zweryfikowaniu opinii przez pryzmat przesłanek okre lonych w art. 201 k.p.k., a wi c na zbadaniu, czy opinia ta jest niepełna b d niejasna albo zachodz sprzeczno ci w tej samej opinii (sprzeczno wewn trzna) albo pomi dzy ró nymi opiniami (sprzeczno zewn trzna). Po drugie, podstawowym kryterium weryfikacji opinii biegłego jest zbadanie, czy biegły wykorzystał do sporz dzenia opinii aktualne wiadomo ci specjalne ze stanowi cej przedmiot opinii sfery wiedzy. Wydaj cy opini biegły powinien wi c wzi pod uwag aktualny stan wiedzy z tej sfery, w jakiej podejmuje si opiniowania. Po trzecie, w celu ustalenia warto ci poznawczej opinii konieczne jest zweryfikowanie metodologii bada przyj tej przez biegłego przez pryzmat zachowania wszystkich wymaganych w danej dziedzinie wiedzy reguł i procedur ustalania okre lonych okoliczno ci faktycznych oraz charakterystycznych dla danej dziedziny wiedzy zasad wnioskowania na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego. W szczególno ci zwróci nale y uwag na wykorzystywanie przez biegłego metodologii opiniowania w sytuacji, w której w danej dziedzinie ycia społecznego za dopuszczalne przyjmuje si stosowanie ró nych podej metodologicznych. Istotne jest wi c, czy biegły takie ró nice metodologiczne dostrzega, czy w opinii uwzgl dnia te ró nice, zwłaszcza je eli zastosowanie innej dopuszczalnej metodologii prowadzi do przyj cia ustale faktycznych lub wniosków korzystniejszych dla oskar onego oraz czy uwzgl dnia konsekwencje mo liwych do zaakceptowania ró nic metodologicznych w swojej opinii⁷⁸.

Podsumowuj c, opinia biegłego jest niepełna, je eli nie udziela odpowiedzi na wszystkie postawione mu pytania, na które zgodnie z zakresem posiadanych wiadomo ci specjalnych i udost pnionym mu materiałem dowodowym mo e oraz powinien udzieli odpowiedzi, lub je eli nie

⁷⁸ Zgodnie z ugruntowanym w judykaturze pogl dem „dowód z opinii biegłego oceniony by musi zwłaszcza z zachowaniem nast puj cych wskaza , tj. czy: 1) biegły dysponuje wiadomo ciami specjalnymi niezb dnymi do stwierdzenia okoliczno ci maj cych istotny wpływ na rozstrzygni cie sprawy (art. 193 § 1 k.p.k.); 2) opinia biegłego jest logiczna, zgodna z do wiadczeniem yciowym i wskazaniem wiedzy (art. 7 k.p.k.); 3) opinia ta jest pełna i jasna a i nie zachodzi niewyja niona sprzeczno pomi dzy ni a inn opini ujawnion w toku przewodu s dowego (art. 201 k.p.k.)”. Zob. cyt. wyrok SN z dnia 6 maja 1983 r. z aprobus glos M. Cie laka („Nowe Prawo” 1985, nr 4 s. 104); A. Gaberle, *Dowody w s dowym procesie karnym*, Kraków 2007, s. 198 oraz cyt. tam orzecznictwo.

uwzględnia wszystkich istotnych dla rozstrzygnięcia konkretnej kwestii okoliczności albo też nie zawiera uzasadnienia wyrażonych w niej ocen oraz poglądów⁷⁹. Opinia jest niejasna, wówczas jeżeli organ procesowy nie może zrozumieć wywodów biegłego, jeżeli nie jest dla niego jasne, jakie biegły w ogóle zajmuje stanowisko, jeżeli poglądy biegłego są niespójne, tezy wieloznaczne⁸⁰. W art. 201 k.p.k. ustawodawca w jednoznaczny sposób określił także konsekwencje wad merytorycznych opinii, sporządzających się do konieczności zasięgnięcia opinii uzupełniającej wydanej tego już wcześniej opinii biegłego, do powołania innego biegłego, jeżeli wady dotychczasowej opinii są niemożliwe do uzupełnienia lub nie da się ich wyjaśnić. Na podstawie tych ogólnych kryteriów weryfikacji merytorycznej opinii biegłych organ prowadzący postępowanie powinien ocenić dostarczoną mu przez biegłego poligrafera ekspertyzę.

W odniesieniu do badań poligraficznych ujawnia się także inna bolączka praktyki polskiego wymiaru sprawiedliwości, związana z okolicznością, iż wykonanie opinii zleca się podmiotowi niespełniającemu kryteriów pozwalających uznać go za instytucję naukową lub specjalistyczną w rozumieniu art. 193 § 2 k.p.k. Instytucjami takimi są bowiem niejednokrotnie jedno- lub kilkuosobowe mikroprzedsiębiorstwa bez jakiegokolwiek własnego zaplecza badawczego i analitycznego, działające na zasadzie pośrednictwa, gotowe przyjąć praktycznie każde zlecenie na sporządzenie opinii, aby następnie szukać dla jej sporządzenia najtańszego zewnętrznego podwykonawcy. Czasem dochodzi do sytuacji, w której po wezwaniu na rozpraw autorów pisemnej opinii przygotowanej pod szyldem instytucji przypisującej sobie określony renom, okazuje się, że są to osoby przypadkowe, niemające niezbędnego doświadczenia i wiedzy w dziedzinie, w której czuły się kompetentne przygotować pisemną ekspertyzę⁸¹. W literaturze dopuszcza się wprowadzenie mimo wszystko uznania za instytucję specjalistyczną podmiotów prywatnych⁸², to jednak trafnie konstatuje Sąd Apelacyjny w Krakowie, iż „in-

⁷⁹ Postanowienie SN z dnia 1 września 1975 r., Z 24/75, OSNKW 1975, z. 12, poz. 172; wyrok SA w Krakowie z dnia 18 lutego 2009 r., II AKa 1/2009, KZS 2009, z. 3, poz. 31.

⁸⁰ Postanowienie SN z dnia 27 września 2006 r., IV KK 330/06, OSNwSK 2006, poz. 1822.

⁸¹ S. Pawelec, *Wadliwość opinii biegłego w procesie karnym jako pochodna błędów zawartych w postanowieniu o jej dopuszczeniu*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 4, s. 150-151; zob. również: E. Gruza, *Instytucje specjalistyczne jako podmiot opiniodawczy*, [w:] *Oblicza współczesnej kryminalistyki. Księga jubileuszowa profesora Huberta Kolečkiego*, red. eadem, Warszawa 2013, s. 85 i nast.

⁸² Por. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz do art. 1-296*, wyd. 4, Warszawa 2011, s. 1107.

stytucjami naukowymi lub specjalistycznymi, uprawnionymi na mocy art. 193 § 2 k.p.k. do wydawania opinii na użytek postępowania karnego, są jednostki organizacyjne Akademii Nauk, bądź szkół wyższych albo jednostki badawczo - rozwojowe przewidziane przepisami ustawy z dnia 25 lipca 1985 r. [...]. Nadzorowanie ich działalności przez odpowiednie organy państwowe stanowi rekomendację należytego poziomu fachowego”. W ten sposób na kanwie cytowanego orzeczenia uznano, iż ze względu na to, że „Instytut Problematyki Policyjnej, powołany w ramach Fundacji Społeczeństwa Policji, nie spełnia tych wymogów [...] jego opinie nie mogą stanowić dowodu w postępowaniu karnym”⁸³.

*

Na zakończenie powyższych rozważań wypada stwierdzić, że poligraf nie jest aktualnie wykorzystywany w procesie karnym w takim zakresie, w jakim mógłby, za odpowiedzialność za ten stan rzeczy spada po części na organy procesowe, traktujące tego rodzaju dowód z nieuzasadnionym dystansem i ostrożnością, a po części na biegłych poligraferów wykonujących tego rodzaju badania w sposób nie zawsze zgodny z regułami sztuki. Wypada więc nadzieję, że ustabilizowana sytuacja prawna badań poligraficznych wpłynie na zwiększenie liczby oraz poprawienie wartości dowodowej opinii z badań poligraficznych wykonywanych dla potrzeb procesu karnego.

⁸³ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 3 lipca 2002 r., II AKa 3/02, KZS 2002, z. 7-8, poz. 53, podobnie: K.T. Boratyńska [w:] *eadem et al., Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2014, s. 400.

Monika Płatek

Nawiązując do Karola Marksa

Zaczynij od Bacha? Nie, od Widackiego

Nie tak dawno młody doktor, na jednym z wydziałów, jednego z szacownych uniwersytetów, i nie był to KUL, poproszono „na dywanik” do pani dziekan. Powodem był tytuł kursu, jaki młoda adiunkt zaproponowała. Pojawił się w nim marksizm i Marks. Zapytano ją, czy nie mogłaby tego zmienić i może nacisk położyć na katolicyzm i Jana Pawła II. To niestety nie miało skutku. Tak jak i nie jest artem to, co przydarzyło mi się na wykładzie. Przy omawianiu wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka *Frasik v. Polska* (dotyczy prawa ludzi do małżeństwa zgodnie z art. 12 EKPCz) jeden ze studentów całkiem na serio oświadczył, że w takim razie odmówi ślubu cywilnego, bo się w tym nie widzi, ale kościelnego już nie, bo Kościół nie może dyskryminować.

Zdarzenia te zainspirowały mnie do napisania tego tekstu. Jest dla niezwyklego Człowieka - Profesora Jana Widackiego. Wiele mu zawdzięczam. Między innymi zawdzięczam mu wypełnienie luki, którą przeczuwałam.

W trakcie studiów na Wydziale Prawa i Administracji UW w latach 70. uczono nas prawa karnego tak, jakby wszystko zaczęło się od kodeksu karnego z 1969 roku. Był gdzieś jakiś Makarewicz, jakiś Krzymuski; bardziej jednak jako nazwiska do wykucia niż szansa na intelektualne zbliżenie. Praktycznie dopiero na aplikacji sądowej odkryłam dla siebie bogactwo i różnorodność polskiej myśli karnistycznej, tej mocno

sprzed 1969 roku. Tym bardziej wdzi czna jestem i doceniam prace Profesora Jana Widackiego i serii wydawniczej biblioteki Klasyków Myśli Prawno-Kryminalnej. *Rozważania o przyczynach zbrodni* Leona Wachholza (Kraków 2008), 3 tomy dzieł wybranych Edmunda Krzymuskiego (Kraków 2013, 2014, 2015) czy *Dysertacja o prawie kryminalnym oraz o wymiarze sprawiedliwości kryminalnej* Sebastiana Jana Kantego Czochrona (Kraków 2009) to przykłady pozycji, które, odkrywając przeszłość, są niewyczerpanym źródłem inspiracji i namysłu. Wszystkie są starannie opracowane, zredagowane i zaopatrzone obszernymi komentarzami Jana Widackiego. Podobnie ceni sobie tom autorstwa Jana Widackiego *Szkice z dziejów prawa karnego i kryminologii w Krakowie. Myśli i ludzie* (Kraków 2014). Waga tych prac - poza wiedzą, jaką się zyskuje, i przyjemnością czytania z racji doskonałego stylu - w tym się zawiera, że uwiadomiamy obecnie polskiej myśli karnistycznej i kryminologicznej w głównym nurcie intelektualnym czasów minionych. Innymi słowami - ustawiamy perspektywę i uwalniamy od kompleksów. Marks i marksizm kojarzył mi się dawniej z brakiem paszportu, brakiem umysłowej elegancji, szarością i brakiem horyzontów. Bywa jednak i tak, że w wiecie, z którego wygania się nawet cie Marksa, marksizm już pod inną nazwą rozsiada się i tkwi. Przekora jest cecha ludzi myślicy i wolnych.

Otwarty umysł, szerokie horyzonty i znajomość świata Profesora Widackiego wręcz zapraszają, by choć spróbować zmierzyć się z tym, co wczoraj bezkrytycznie obowiazujące, a dziś równie krytycznie straszy. Bądź więc o Marksa i marksizmie z prawem i kryminologią w tle.

Interludium

Jestem prawniczką i kusi mnie pytanie dotyczące oceny marksizmu - jego osłabienia, niepowodzenia, ewentualnych szans odrodzenia się na nowo. Nie mam pewności, czy w związku z marksizmem nie jest mi blisko do Molierowskiego Argana, który nie wie, że już „od czterdziestu lat mówi proz”. Wyrosłam w PRL-u. To oczywiście rzutuje na to, co wiem, czego nie wiem i jak wiem. Jest efektem także systemu, w którym „przecierałam oczy”, i stosunkiem do niego. Jasno sprecyzowane pytania nie oznaczają, że można udzielić na nie równie jasnych, jednoznacznych odpowiedzi. Rzecz nie jest jednoznaczna. Tam bowiem, a dotyczy to państw identyfikowanych jako zachodnie, gdzie Marks i marksizm zostali przeobrażeni i przybrali kształt intelektualnej refleksji, rozwinęło się krytyczne myślenie i lepiej rozumie się mechanizmy, które wpływają na sposób urządzania i funkcjonowania państwa oraz międzynarodowej

społeczności. W efekcie okazało się, że marksizm miał potencjał usuwania barier społecznych i eliminowania nierówności (patrz państwa skandynawskie). Tam za, gdzie się przepoczwarzył w marksizm identyfikowany jako leninizm i stalinizm, przyniósł autorytaryzm, tyranię i niszczy totalizm (patrz Rosja, Związek Radziecki i państwa poddane wpływowi ZSRR, włącznie z Kubą). Dla mnie Marks i marksizm brzmie nie tylko obco, byli jak płachta na byka. Prawda z tym bykiem jest taka, że to nie płachta, ale torreador na niego działa. Wiem kiedy już Marks i marksizm stali się jeszcze jednym tematem intelektualnej dysputy, sięganie na półki, gdzie pisano o tym krytycznie, było przyjemne. W końcu ci, którzy im wiadome umiłowanie wolności, paszportu i umiejętności wychucia na odległość politycznego cynizmu i „podpuchy”.

Pytanie, jakie sobie postawiłam, jest ciekawe i zawile jednocześnie. Odpowiedź nie będzie zapewne wyczerpująca, ale kto wie, może skusi Jana Widackiego, by poddał krytyce? Zadałam sobie pytanie: co nam zostało z marksistowskiej koncepcji prawa i gdzie (oprócz Kołakowskiego) słychać obecnie echa marksizmu?

Czesław Miłosz zastanawiał się, „w jaki sposób Leszek Kołakowski, filozof pozytywista, materialista i marksista stał się Kołakowskim-mordercą, zwracającym się w swoich rozmyślaniach przeciwko wszelkim-izmom?”. Na to pytanie odpowiedział abp Józef Głuchowski: starczyło mu intelektualnej odwagi, aby podjąć samotniczą w drówek, w której marksizm, pełniący ongi funkcję opium dla prometeuszów, jawił się ostatecznie jako namiastka myślenia dla członków partyjnego dworu – mówił o filozofie. To – owa namiastka – zdarza się pod parasolami różnych nazwisk. Raz jest Marks. Raz ktoś inny. Jałowo dworu – ta sama.

W drodze do Marksa

Polska po I wojnie światowej, odzyskując niepodległość, musiała na nowo wypracować cały kanon prawa. Posłużył tu przykładem kodeksu karnego. Od czasów Monteskiusza istnieje zgoda, że trójpodział władzy na władzę ustawodawczą, wykonawczą i sądowniczą jest podstawą dla ochrony przed nadużyciami władzy. Z tego też powodu wiadomo, że musimy istnieć instytucje gwarantujące *check and balance*. Gdy idzie o prawo karne, które operuje karą pozbawienia wolności, wówczas jeszcze kar śmierci, i które niesie z sobą sto utrat dobrego imienia, wymogi są szczególne. Wypracowane zasady **odpowiedzialności karnej za czyn** oznaczały, że człowiek nie ponosi odpowiedzialności karnej za myśli, poglądy, właściwość fizyczne czy psychiczne, a nawet zamiar,

dopóki ten nie przejdzie w czyn, chyba że wytkowo ustawa stanowi inaczej. Nie ma więc przestępstwa bez ustawy obowiązującej w czasie popełnienia czynu. Wina z zasady jest umyślna i tylko wytkowo tak nieumyślna trzeba udowodnić, a kary nie mogą być okrutne.

Przed II wojną światową wypracowano w Polsce kodeks karny, który został przyjęty w 1932 roku i znany jest jako kodeks Makarewicza. Ten niezwykle nowoczesny akt prawny wyprzedzał poziomem i formą obowiązujące wówczas europejskie kodeksy. Po II wojnie światowej zastąpił go ostatecznie kodeks karny z 1969 roku, który nastawiony był na to, by wdrożyć do nowej tzw. socjalistycznej rzeczywistości. Wprowadził pojęcie resocjalizacji, która w krótkim czasie posłużyła za pretekst do wykorzystywania dla celów politycznych i gospodarczych siły roboczej więźniów.

Co by Marks na to powiedział? Kryminologia to nauka, która - dawniej powiedziałabym - zgłębia przyczyny popełniania przestępstw. Dziś podkreślam, że jest przede wszystkim empirycznym namysłem nad tworzeniem, łamaniem i wdrażaniem prawa. Pozwala zrozumieć, kiedy prawo karne może być skuteczne, i że dzieje się to rzadko. Pozwala również wskazać, kiedy jest ono nadużywane do celów politycznych, co jest nierzadkie. W kryminologii, korzystając z dorobku filozofii, psychologii, psychologii społecznej i socjologii, nadal zastanawiamy się, co sprawiło, że dana osoba zachowała się w określony sposób, a co sprawiło, że zachowanie to zostało przez obserwatorów z zewnątrz określone mianem przestępstwa. Nadużyciem był i znów jest system penitencjarny w kraju. Wiśniowie nie byli niewolnikami. Byli jednak traktowani jak niewolnicy. Nie można na ich było sprzedać, ale i to zaledwie pozornie. Można na ich było wypożyczyć do prac tak prywatnych, jak i lokalnie potrzebnych. I można im było nie płacić. Na ile zmiany, jakie nastąpiły w wiśniewictwie pod koniec lat 80., były wynikiem kryzysu ekonomicznego, a na ile wieloletnich prac teoretycznych na rzecz przeobrażenia wiśniewictwa? Nie potrafię tego precyzyjnie ustalić. Być może oba procesy odegrały ważną rolę. Wychodząc z PRL-u, jedno było jasne - klasa robotnicza nigdy nie była klasą rządzącą. Rządzący nie siedzą. Siedzą przeznaczeni do siedzenia. Współczesne trendy organizowania wykonania kary pozbawienia wolności zdają się powracać do modeli z PRL-u.

Zmiana systemu w 1989 roku przyniosła zmian nazw, nawet zmian nazwy kraju. Z PRL-u na RP. System nie zmienia się wraz ze zmianą nazwy. I bywa, że zmienia się, gdy nazwa nadal pozostaje ta sama. Kraj nie staje się demokratyczny z dnia na dzień, bo tak przybrał nazwę. I nie jest, pomimo nazwy demokratyczny, gdy władza łamię Konstytucję, okazuje ludziom lekceważenie i pozbawia ludzi mechanizmów kon-

troli władzy. To nie leży widać, obserwujcie wiążenia. I nic w tym nowego. Zawsze tak było, stąd myślenie przypisywano równo i Churchillowi, i Leninowi. Jeśli chcesz wiedzieć, jak wyglądały rzeczy w państwie, do którego przybyłeś, zajrzyj do wiążenia. Przeludnione, z łatwością do sadzania na długo, zapowiadaj kryzys poszanowania praw człowieka i tendencje do zniewalania ludzi. Raj obiecany dobry jest u Milтона, bo ten przynajmniej wie, że taki raj to raj utracony. Gorzej, gdy chce się go widzieć tam, gdzie brak instrumentów ochrony przed dyktatorską nawałnicą. Polska miała krótkie 8 lat demokracji po I wojnie światowej. Niewiele dłużej - bo lat 20 po 1989 roku. Mało.

W akcie erekcyjnym kolonii Warszawskiej Spółdzielni Mieszkaniowej znalazły się słowa: „Wyzwolenie robotników może być dziełem samych robotników”. Rzecz działa się po I wojnie światowej w Warszawie. Pierwsi spółdzielcy założyli spółdzielnię mieszkaniową robotnikami nie są, ale gdy czyta się księgę Filipa Springera *13 piątek*, łatwo dać się ponieść miłym emocjom - a więc kto naprawdę dbał, chciał dobrze, naprawdę przejmował się losem ludzi zwykłych, steranych, zapracowanych. Ale potem, na kolejnych stronach, okazuje się, że przez pierwsze 6 lat jedynie z 3 200 mieszkańców nie było dla najuboższych. Ci trafili ze spółdzielni do schronisk dla bezdomnych. Czyli to nie takie proste. Przez cały okres młodości nawet, gdy uczono nas o państwie, o przywiązaniu chłopów do ziemi nie udało się pojąć, które odpowiada temu stanowi - niewolnictwo. To pojęcie przyszło wraz z Andrzejem Lederem (*Przełom rewolucji*) Janem Słowackim (*Fantomowe ciało króla*). Z kolei Król Szczepana Twardocha przybliżył problem biedy i niekoniecznie z siedzących stosunków polsko-żydowskich w przedwojennej Polsce. Ten sam Twardoch obawiał się nasz szlachecki wolność, pokazując jej oblicze wystugiwania się oligarchom, czy sto obcym. Marksizm więc nadal się przydaje do dialektycznego analizowania rzeczywistości. Kto wie, może wzięty na serio, pozwala zrozumieć przeszłe błędy i uchroni przed nowymi?

Cezary Baryka ze szkolnej lektury dla większości uczniów i uczniów w latach 60. był pewnie zmartowiony; dla wybrańców, którzy trafili na młodych nauczycieli, stawał się lekcją myślenia. Mityczna Polska Cezarego Baryki dla młodych z lat 60. była mityczną Polską przedwojenną. Wtedy wszystko miało być wspaniałe. Warszawa miała być Paryżem Północy, ludzie eleganccy i zaprzyjaźnieni ze sobą i ze wiatem, orkiestra miała grać w dolinie zwaną Szwajcarską niedaleko Łazienek, a Boyelewski miał się z Ireną Krzywicką prowadzić po Nowym świecie, przesiadywać na półpietrze w Ziemińskiej, miał być Tuwim, Wierzyński, Słonimski i Lecho, znani z rozbioru literackiego wierszy nie gorzej niż eromski. Całe to towarzystwo miało sobie robić portrety u Witkacego. Wywalany

teraz z cmentarza Bierut - wtedy był wci jeszcze młody, pełen zapału, i mówił głosem dzisiejszych działaczy PiS. Ró ni ich to, e on to mówił nie na wiecu, nie do kamer, nie na pokaz, on naprawdę w to wierzył, nikt mu za to nie płacił i nie groził mu więzieniem¹. A potem? Zawsze wydawało mi się zabawne, e w ramach systemu, który słu y dialektyce, wycina się z obszaru to uznane za nienadające się do myślenia, badania, mówienia. Narzucane w dzidło na słowo i myśl to podpórka dla systemu autorytarnego - czy to katolicyzmu czy marksizmu - tak samo straszne.

Marks i marksizm - mówimy o tym w czasie przeszłym - a przecie jest. Dzi szerzej, ale przecie bez wykluczenia dorobku myśli Marksa na rzeczywistość patrzy Pierre Bourdieu, czerpiąc bezpośrednio od Michela Foucault. Bourdieu i Foucault dostrzegają przestrze niedowidzenia - nieobecności kobiet! I w tym różni się od Marksa, choć z niego czerpali. Czyli może, trzeba załedwie sobie pozwolić.

Marks w swoim ywiole

„Państwo powinno przyjąć postać dyktatury proletariatu i zapanować całkowicie nad społeczeństwem obywatelskim. Cała reszta to »demokratyczna gadanina«”². Te słowa szokują. Wypowiada je Karol Marks. Piewca wolności, wyzwolenia, zrzućcia przez człowieka jarzma. Tak ma wyglądać jego uspołeczniona ludzkość!³ Dyktatura wolności nie pachnie. Czy Marks się nad tym zastanawiał?

Zdania o dyktaturze proletariatu czyta się z trudem, bo dyktatura ma to do siebie, e nie poddaje się kontroli. U ywa władzy dowolnie i dowolnie dla swoich politycznych celów u ywa człowieka. Je li jednak celem jest dobro człowieka, to człowiek nie może być u ywany jako rodek do celu (według Kanta). Uczynek dobry pod względem moralnym może w efekcie przynieść także i złe skutki; nie mogą one jednak przeważać nad dobrymi. Plan, by wykorzystać choćby i złe rodki do osiągnięcia dobrego celu jest z góry skazany na porażkę (według Tomasza z Akwinu). Złymi są za rodki, które wykorzystuje człowiek. I nawet, je li dobro jest niedefiniowalne (według George'a Edwarda Moore), to dyktatura zakłada nieliczenie się z wolnościami i interesami innych i narzuca-

¹ F. Springer, *13 pi ter*, Wołowiec 2015, s. 46-57.

² F. Giroud, *Jenny Marks czyli ona diabła*, tłum. M. Bibrowski, Warszawa 1995, s. 151.

³ K. Marks, *Tezy o Feuerbachu*, Warszawa 2004, za: K. Marks, F. Engels, *Dzieła wybrane*, t. 2, Warszawa 1949, s. 4.

nie im woli dyktatora. Nie jest istotne, czy dyktatorem będzie pierwszy sekretarz partii czy ciało zbiorowe jak komitet centralny lub wiodąca siła narodu w postaci partii w skrajnej w parlamencie. Istotne jest lekceważenie jednostki w imię i pod pretekstem jej bliżej nieokreślonego szczęścia w przyszłości. Dyktatura, posługując się przymusem, nie cofa się przed uprzedmiotowieniem ludzi i podporządkowaniem ich sobie pod pretekstem, że im to służy. W przypadku, gdy działa takich dopuszcza się jednostka wobec drugiego człowieka, zachowanie takie nosi miano przestępstwa i jest stypizowane w kodeksie karnym jako bezprawne pozbawienie wolności, przemoc i gwałt. Planowe zniewolenie społeczeństwa obywatelskiego, lekceważenie demokracji i zaprowadzenie dyktatury u samego zarania skazuje plan na niepowodzenie. Czego nie narzucasz sobie, nie narzucaj i innym, to Konfucjusz. Bliskie to również słowom starożytnego rabina Hillela: nie czy bliźniemu tego, czego nie chciałby, by tobie czyniono. A więc trudno uwierzyć, że niewątpliwie wrażliwy na los ludzi Marks mógł się w ten sposób wyrazić. I rzeczywiście, sam cytat pochodzi z książki Françoise Giroud i nie jest dokładny. W *Krytyce programu gotajskiego* tak myślenie wyraża inaczej:

Powstaje tedy pytanie: jakiemu przeobrażeniu ulegnie państwo w społeczeństwie komunistycznym? Innymi słowy, jakie funkcje społeczne, analogiczne do obecnych funkcji państwowych wówczas powstaną? Na to pytanie można na odpowiedź tylko naukowo; tysiącokrotne kombinowanie wyrazu „lud” z wyrazem „państwo” nie zbliża nas ani o cal do rozwiązania tego zagadnienia. Między społeczeństwem kapitalistycznym a komunistycznym leży okres rewolucyjnego przeobrażenia pierwszego w drugie. Temu okresowi odpowiada też polityczny okres przejściowy i państwo tego kresu nie może być niczym innym jak tylko *rewolucyjną dyktaturą proletariatu*⁴.

Marks używa perswazyjnego chwytu. Chce nadać wartość stwierdzeniu bezwzględnej. Podkreśla, że odpowiadając, korzysta z wiedzy naukowej, a więc to, co mówi, zostaje namaszczone jako słuszne i bezdyskusyjne. Odwołanie się do nauki ma powstrzymać w wątpliwość i dalszą dyskusję. To, co potwierdzone zostało autorytetem nauki, zyskuje atrybut prawdy. To chwyt stosowany często i dziś, i w tym samym celu. Za czasów Marksa było to łatwiejsze. Karl R. Popper jeszcze się wtedy nie narodził⁵. Marks mówił o uspołecznionej ludzkości, ale nie mówił, jak życie w niej ma wyglądać. Wypowiedź Marksa tymczasem chociaż na naukę się powołuje, jest z nauki wypruta. Brak konkretnych, narzucających kryteriów weryfikacji. Kończy się na rewolucyjnej dyktaturze

⁴ K. Marks, *Krytyka programu gotajskiego*, tłum. A. Bal, Warszawa 2007, s. 14.

⁵ Stało się to dopiero w 1902 r., a więc w 19 lat po śmierci Marksa.

proletariatu. Gdy Marks pisał te słowa, miał 57 lat, był 1875 rok, początek maja, a to, co miało zostać nazwane *Krytyk programu gotajskiego*, było obszernym listem do Wilhelma Brackego. Marks zło cił si, bo niemieccy towarzysze mieli inny punkt widzenia niż on. Zamiast totalnej rewolucji w ramach wymarzonej przez Marksa rewolucji proponowali współpracę i ewolucję.

Marks myślał, a może po prostu nie rozumiał różnicy między dyskryminacją a równouprawnieniem, i zarzucał im: „Zamiast nieokreślonego frazesu o równości w paragrafie – »usunięcie wszelkiej nierówności społecznej i politycznej«, należało powiedzieć, że wraz ze zniesieniem różnic klasowych zniknie sama przyczyna wszelkiej wynikającej z nich nierówności społecznej i politycznej”⁶.

Marks nie dostrzegał, że to oni, a nie on, poszli dalej w rozumieniu potrzeby eliminowania dysproporcji. Różnice klasowe nie eliminują nierówności społecznych i politycznych. Bez względu na klasę w społeczeństwie hołdującym arbitralnemu traktowaniu odmawia się parom jedynopłciowym prawa do małżeństwa, a osobom ubezwłasnowolnionym prawa do głosowania. Zakaz dyskryminacji odnosi się do powstrzymania się od arbitralnych dyktatów, równo kładzie nacisk na równouprawnienie⁷. Różnice klasowe to nie jedyne, jakie trzeba rozpoznać

1. zrozumieć. Do tego jednak potrzeba wrażliwości, a do wrażliwości serca. Do teorii oprócz umysłu potrzeba i serca, przestrzegał Michaił Bakunin, którego Karol Marks całym sercem nie znosił. Trudno ocenić, czy bardziej za to, że Bakunin to Rosjanin, a Marks Rosjanin i Rosji si bał i nie lubił, czy za wiązanie, jakie zrobił Bakuninowi podstępnie, wiadomie i niesłusznie oskarżając o oszustwo, by osłabić jego wpływ w I Międzynarodówce?⁸

Marks, gdy pisał list do Brackego miał przed sobą jeszcze 8 lat życia. Właściwie mniej, bo na początku grudnia 1881 roku zmarł jego ojciec Jenny von Westphalen. I od tego czasu był jak pół żywy. Umarł na dobre 2 lata po niej, 14 marca 1883 roku w Londynie. Z pisaniem wszak Marks

⁶ *Ibidem*, s. 12.

⁷ *Rzecz o państwa prawa, 20 lat później*. Ewa Łętowska w rozmowie z Krzysztofem Sobczakiem, Warszawa 2012, s. 251.

⁸ Giroud sugeruje, że Marks był raczej gotów unicestwić w dużej mierze własne dzieło, a więc I Międzynarodówkę, przegłosowując jej przeniesienie za ocean do Nowego Jorku, niż oddać w ręce Rosjan. Ma rację, pisał, i aby wykluczyć Bakunina, nie cofnął się przed fałszywym oskarżeniem, a „była to rozpowszechniona przez Marksa potwarz, co weszło do najlepszej tradycji komunistycznej”. Dziś byłby to pewnie dziadek z Wehrmachtu lub podrzucone zdjęcie wykorzystywanych dzieci do pornografii. Patrz: F. Giroud, *Jenny Marks.*, *op. cit.*, s. 145.

sko czył na długo wczonie. Nie wyjaśnił, jak dyktatura proletariatu ma zapewnić rozwój, swobodny rozwój każdego człowieka, jak ma zapewnić indywidualne, wolne, wiadome działanie i co ma gwarantować równe traktowanie.

Kilka dekad po jego śmierci Rosja, kraj, który jego zdaniem nie nadawał się do przemian, przeszła rewolucję i nazwała się proletariacką. System w ten sposób stworzony został następnie narzucony państwom, które po II wojnie światowej zostały uzależnione politycznie, militarnie, gospodarczo, kulturowo i prawnie od Związku Radzieckiego. Marks, marksizm, marksizm-leninizm i komunizm wreszcie to zapewne pojęcia zróbnicowane, których nie można swobodnie traktować jako synonimów. Zawsze mi to miało trudno z prawidłowym nazwaniem okresu, który panował w Polsce między 1944 a 1989 rokiem. Nie był PRL państwem socjalistycznym, za takie bowiem można uznać skandynawskie państwa opiekuńcze państwa prawa, a PRL państwem prawa nie był (o czym dalej). Nie był też PRL państwem komunistycznym, bo z pewnością ci nie spełniał zadania, by takim było według potrzeb⁹. Marksizm powstał jako jeden z najmłodszych ruchów emancypacyjnych, progresywnych i egalitarnych w czasach współczesnych. W tym sensie przyczynił się do powstania dostatecznych, liberalnych i technicznie zaawansowanych społeczeństw. Jak się przyczynił?

Marksistowska czkawka

Gdzie obecnie słychać echa marksizmu? Zaraz po zakończeniu studiów prawniczych dostałam się na aplikację sędziowską. To była prawdziwa szkoła prawa. Dużo lepiej niż studia uniwersyteckie uczyła warsztatu, samodzielności, krytycznego myślenia i dawała praktykę. Poza szkoleniem w sędziostwie wymagano od nas przez jeden semestr uczestnictwa w kursach leninizmu-marksizmu. Próbowałam się wymigać, mówiłam, że przecież nie należę do partii. Usłyszałam retoryczne, Płatek, czy ty chcesz skończyć aplikację? Chciałam. Był rok 1978. Kurs obejmował 3 przedmioty: filozofię, historię i socjologię. Mogło być ciekawie. Nie było. Było na beznadziejnym poziomie i nudno. Wykładowcy byli

Nawet w Związku Radzieckim zazwyczaj utrzymywano, i zmierza się w tym kraju do komunizmu. Tylko raz, podczas na praktykach studenckich z Wydziału Prawa i Administracji UW na wymianie na Uniwersytecie w Rostowie nad Donem na jednym z komitetów partyjnych, dostrzegłam dumne oświadczenie: „My doszliśmy do komunizmu”. Kryteriów, które miałyby świadczyć o tym, że tak jest, w istocie nie wypisano.

...ało ni, partyjni i pewnie nie le opłacani. To wtedy wymy liłam ten for-
tel. Zakupiłam za całe 60 zł egzemplarz *Kapitału* Marksa. Oprawiony
był w be ow derm , a czerwone litery nazwiska autora i tytułu były
po oczach. Robił wra enie. Zabierałam na szkoleniach głos i słyszałam,
e to, co mówi jest niedopuszczalne i oburzaj ce. Wtedy z rozmachem
otwierałam na byle jakiej stronie, nie ukrywaj c, e to wła nie byle jaka
strona, i mówi c, a Marks powiedział, zaczynałam czyta ... byle co. I to
naprawd za ka dym razem wystarczało, aby uciszy krytyk wykła-
dowców pod moim adresem i przyzna mi racj . Oddaje to poziom bez-
my lno ci konserwatywnego, dogmatycznego „tupactwa” uprawianego
w owym czasie jako oficjalna pa stwowa doktryna marksistowska. Tłu-
maczy te dlaczego kto , kto nie studiował filozofii, gdzie pojawiała si
szansa, by natkn si na my l cego mistrza zajmuj cego si marksi-
zmem, miał do marksizmu stosunek co najmniej podejrzliwy i niech t-
ny. W tych warunkach trudno było o powag wobec wykładowców. Nie
zach cało to te do Marksa i jego dzieł. Artykuły, których motta zaczy-
nały si od Marksa, Lenina czy Stalina, skre lałam z góry jako zapewne
bełkotliwe z definicji. Oczywiście mogłam si myli i nie musiałam mie
racji. Nie zmienia to faktu, e teraz podobne emocje towarzyszą mi, gdy
artykuły zaczynaj si od cytatów z Jana Pawła II. Nie wiem, czy to echo
marksizmu, ale ju naleciało po *homo sovieticus* raczej tak. Musiało
upłyn kilka lat, a ja musiałam odnale si w Skandynawii i Stanach
Zjednoczonych, by ze zdziwieniem spostrzec, e oni tam tego Marksa
czytaj i traktuj na serio. Musiałam zrozumie dlaczego i zacz łam
czyta inaczej - bez uprzedzenia.

Marksizm to z jednej strony opis i odczytanie nie tylko procesów
ekonomicznych w czasach, gdy socjologia była dopiero w powijkach.
Marks umarł w 1883 roku; pierwsza katedra socjologii za została zało-
ona przez Durkheima w Bordeaux w 1895 roku, a wi c 12 lat po jego
mierci. Socjologia dynamicznie si rozwijała, ale Marks nic ju si o tym
nie dowiedział; co innego z marksistami; oni powinni. Tym bardziej e
współcześnie nie to Karol Marks wła nie, obok Emila Durkheima i Maxa
Webera, uchodzi, i słusznie, za fundatora nowoczesnych nauk społecz-
nych, w szczególności socjologii¹⁰. I niesłusznie w tej grupie wci zbyt
rzadko wymieniana si Harriet Martineau¹¹. To w ko cu ona jako pierwsza
sformułowała ide faktów społecznych. Ponad pół wieku pó niej Emil

¹⁰ M. Kozłowski, *Marksizm współczesny*, [w:] *Oprogramowanie rzeczywistości społecznej*, red. M. Gdula, L. Nijakowski, Warszawa 2014, s. 77-78.

¹¹ A. Dryjska, *Zarys teorii i metody socjologicznej Harriet Martineau na podstawie traktatu metodologicznego „How to Observe Morals and Manners” (1838)* [praca magisterska], dostęp na: pl.scribd.com.

Durkheim zaledwie j powtórzył¹². To ona równie , w przeciwieństwie do Marksa, który choć zaznał biedy i nędzy, niewiele miał wspólnego z klasą robotniczą i wołał o proletariuszach pisać, niż się z nimi stykać, miała z klasą robotniczą bezpośrednie kontakty. Powstała z tego, między innymi, wietna praca o społeczeństwie amerykańskim; dziś oceniana jako bardziej przenikliwa niż dzieło Alexis de Tocqueville'a¹³. Marksizm to równie piękna idea wolności i równości. I wprawdzie niepokoi, że jest braterstwo, ale już nie siostrzeństwo, że ma być rewolucja i adnej jasności, co po niej, bo Marks nie stworzył adnej koncepcji tego idealnego państwa; ale kto by nie chciał, by... ta chuch spadł z wolnego ducha... a równo stworzyła nowy ład?¹⁴

Pojcie kapitału w jego pierwotnym sensie wzbogaciło się z czasem o kapitał kulturowy i społeczny. Jednocześnie nie przez przypadek Thomas Piketty, pisząc *Kapitał XXI wieku*, bazował na *Kapitale* Marksa. I od początku punktował Marksa za przekonanie, że historia polityczna nie doprowadzi do mechanizmów czysto ekonomicznych. Nie można. Redukcja nierówności to wynik przede wszystkim polityki publicznej uruchamianej w następstwie historycznych turbulencji¹⁵. Piketty sędzi, że do tego potrzebne są wojny. Myli się. Historia Solidarności i procesów, które doprowadziły w Polsce do przemian 4 czerwca 1989 roku, są dowodem, iż można dokonać rewolucji politycznej bez jednego wystrzału. Niestety równie zmiany polityczne w Polsce po wyborach 25 października 2015 roku, gdy do władzy doszło PiS, są także dowodem, że mając pełnię władzy, bez jednego wystrzału można zdemonstrować system państwa prawa¹⁶. Co więcej, można to skutecznie uczynić pod tymi samymi co Marks hasłami konwergencji, a więc działając w kierunku zmierzającym do redukcji i kompresji nierówności. Piketty nie pozostawia złudzeń, że nie to jest droga. Gdy idzie o prawo, znaczenie ma niezależność sądownictwa, kontrola władz, równowaga i przestrzeganie praw człowieka. „Głównym siłem konwergencji jest proces upowszechniania wiedzy oraz inwestycje na rzecz podniesienia kwalifikacji i kształcenia [...]. Proces upowszechniania wiedzy i umiejętności stanowi centralny mechanizm pozwalający jednocześnie na ogólny wzrost

¹² *Ibidem*, s. 15.

¹³ M. Winclawska, *Harriet Martineau. Powrót na salony wiatowej socjologii*, „Studia Socjologiczne” 2004, nr 3, s. 66-67.

¹⁴ Cytat i parafraza cytatu z *Międzynarodówki* (tekst: Eugène Pottier).

¹⁵ T. Piketty, *Kapitał w XXI wieku*, tłum. A. Bilik, Warszawa 2015, s. 35.

¹⁶ *Prof. Ł. Towska: Zmiany w Trybunale to demontaż państwa prawa* [w rozmowie z E. Siedleckim], „Gazeta Wyborcza”, 29.12.2015; M. Szuleka, M. Wolny, M. Szwed, *Kryzys konstytucyjny w Polsce 2015-2016*, Warszawa 2016, s. 38-50.

wydajno ci i redukcji nierówno ci”¹⁷. Tymczasem my i Marksa, e byt okre la wiadomo , e nie jeste my, jacy jeste my, sami z siebie, zeterminowani odgórnymi, boskimi siłami, nakazami i losem wyznaczonym z góry i zaklepanym na zawsze, ale e nasz wiadomo kształtujemy i e wraz z warunkami zarówno wiadomo , jak i los ulegają zmianie, miała i ma nadal ogromny potencjał liberalizujący, emancypacyjny, egalitarny i post-powy. Marks ma, w tym sensie, moc dodawania skrzydeł. Ludziom odrzuconym za burt historii, zaniebhanym przez władz skryt za parawanem woli boskiej i losu, Marks mówi - to wi stwo i nie musicie go tolerować; mo na to zmienić. St d te odczuwam niesmak i dysonans, gdy Jan Maria Boche ski teorie klas umieszcza w ród zabobonów, a wiar w post p zrównuje z gusłami¹⁸. Bo cho rzecz nie ogranicza si do ekonomii i jest bardziej zło ona, to chocia by Michel Foucault¹⁹, Pierre Bourdieu²⁰, a w Polsce Maciej Gdula i Przemysław Sadura²¹ przekonywuj co udowadniaj niestosowno odsyłania kategorii klas do lamusa historii. Z kolei dynamicznie rozwijaj ce si *gender studies*²², czwarta ju fala feminizmu i uznanie, e prywatne jest polityczne²³, studia nad zwi zkiem prawa i szcz cia²⁴ oraz przykłady stosowania poziomu szcz cia jako kryterium rozwoju społecznego²⁵ s dostatecznymi przesłankami, by przyjąć, e chce zabe-

¹⁷ T. Piketty, *Kapitał...*, op. cit., s. 36.

¹⁸ J.M. Boche ski, *Marksizm, Sto zabobonów*, dost pne na: www.100-zabobonow.blogspot.com [stan na: 12.12.2016].

¹⁹ M. Foucault, *Pierwszy krok ku kolonizacji Zachodu*, [w:] *Kim pan jest profesorze Foucault? Debaty, rozmowy, polemiki*, tłum. K.J. Jaksender, red. B. Błesznowski, K.M. Jaksender, K. Matuszewski, Kraków 2013, s. 357-410; *idem, Bezpiecze -stwo, terytorium, populacja*, tłum. M. Herer, Warszawa 2010, s. 2, 23-48; *idem, Trzeba broni społecze stwa*, tłum. M. Kowalska, Warszawa 1998, s. 39.

²⁰ P. Bourdieu, *Dystynkcja. Społeczna krytyka władzy s dnia*, tłum. P. Biłos, Warszawa 2005, s. 129-318.

²¹ M. Gdula, P. Sadura, *Style ycia jako rywalizuj ce uniwersalno ci*, [w:] *Style ycia i porz dek klasowy w Polsce*, red. M. Gdula, P. Sadura, Warszawa 2012, s. 15-70; P. Sadura, *Wielo w jedno ci. Klasa rednia i jej zró nicowanie*, [w:] *Style ycia i porz dek klasowy*, op. cit., s. 163-193.

²² B. Chołuj, *Gender studies*, [w:] *Encyklopedia gender. Płe w kulturze*, red. M. Ruda -Grodzka et al., Warszawa 2014, s. 162-167.

²³ E. Majewska, *Feministyczna fi lozofi a polityczna*, [w:] *Encyklopedia gender*, op. cit., s. 130-134.

²⁴ J. Heidt, J.P. Seder, S. Kesebir, *Hive Psychology, Happiness, and Public Policy*, [w:] *Law and Happiness*, eds A. Posner, C.R. Sunstein, Chicago 2010, s. 133-155.

²⁵ K. Ura, *The Experience of Gross National Happiness as Development Framework*, „ADB South Asia” December 2015, No. 42, s. 2-12. Wzrost szcz cia narodo-

tonowania własnej uprzywilejowanej pozycji instytucjonalnej kto, kto wiarę w postęp zrównuje z gusłami. Z drugiej strony Marks i marksizm nieodłownie kojarzą się z leninizmem i komunizmem, a to nie są skojarzenia sympatyczne. Tak jest dlatego, że od razu zapowiada pierwiastek wewnętrznej sprzeczności związany z determinizmem innego rodzaju, który wyzwala i przyzwala na plejad totalitaryzmów. Marksizm skojarzony z leninizmem i komunizmem automatycznie przywodzi na myśl miliony ludzi wiadomie zagłodzonych na Ukrainie, rosyjskie łagry, stalinowski terror i produkcję radzieckiego człowieka - *homo sovieticus* - człowieka złamanego, wypranego z godności, dumy, nadziei, posłusznego, bezradnego, bezwolnego, uniętego, zniszczonego przez bezkarny reżim, zdławionego, ograbionego; antyhumanizm ucieleśniony. Z odebraniem wolności osobistej i brakiem wolności słowa. Z brzydotą, niewygodą, brakiem estetyki i nudą obłędnej nowomowy. Przywodzi na myśl rzdy Pol Pot, mordy, głód, i odcięcie od świata Korei Północnej, tytuł, sztywnie ubrany w partyjny, bezmyślny szyk... Nie jest więc to temat łatwy i niełatwo o ocenę efektów i konsekwencji. I nie będzie to niezgodne z marksistowskim duchem, jeżeli stwierdzi się, iż ocena zależy od warunków; nie tylko od tego kto, ale i gdzie, i z jakiej perspektywy zabiera głos. Pozostawiam więc bez ostatecznej konkluzji z nadzieją na dalszy ciąg debaty.

Warszawa, 7 stycznia 2018 roku

wego ma dużo lepszy potencjał niż PKB, aby wskazywać poziom i jakość życia ludzi w państwie i jest ciekawą koncepcją; choć i tu należy uważać na zagrożenia związane z możliwym dążeniem do uszczupliwania ludzi na siłę, na metody, jakie niosł z sobą radziecki system totalitarny.

Wojciech Pyziół, Anna Walaszek-Pyziół

Kilka refleksji na temat statusu prawnego partnera w prawniczej spółce partnerskiej

Poniższy drobny przyczynek jest dedykowany naszemu Serdecznemu Przyjacielowi Janowi („Jasiowi”) Widackiemu z okazji jego Jubileuszu. Minło już bardzo wiele lat od naszego spotkania na pierwszym roku studiów prawniczych w Uniwersytecie Jagiellońskim. Przez ten okres ledziliśmy z pełnym uznaniem i sympatią dokonania Jana („Jasia”) na niwie naukowej, społecznej, a także i politycznej. Życzymy Ci Janie („Jasiu”), abyś dalej błyszczał - jak dotychczas - swoim intelektem oraz Twoją wszechstronną wiedzą, a także włączył w siebie dowcipem. Ad multos annos Kochany Jasiu!

Pod pojęciem „prawniczej” spółki partnerskiej rozumiemy spółkę partnerską, której wspólnikami (partnerami) są, a raczej mogą być, adwokaci, radcowie prawni, rzecznicy patentowi, doradcy podatkowi lub tzw. prawnicy zagraniczni. W praktyce najczęściej występują spółki partnerskie, w których partnerami są albo adwokaci, albo radcowie prawni oraz spółki, w których partnerami są adwokaci i radcowie prawni. Dalejsze rozważania pragniemy poświęcić nie takim spółkom, pomijając inne - wchodzące w grę - konfiguracje podmiotowe.

Z formalnoprawnego punktu widzenia spółka partnerska jest odrębnym (obok spółki jawnej, komandytowej oraz komandytowo-akcyjnej)

typem handlowej spółki osobowej¹. Jednak z merytorycznego punktu widzenia spółka partnerska jest odmianą spółki jawnej uważanej w doktrynie powszechnie za modelową handlową spółkę osobową. Podstawą dla takiej konstatacji jest przepis art. 89 k.s.h.², stanowiący, iż w sprawach nieuregulowanych w przepisach o spółce partnerskiej stosuje się – do tej spółki – „odpowiednio przepisy o spółce jawnej, chyba że ustawa stanowi inaczej”. Jest kwestia dyskusyjna, czy zwrot ustawowy „ustawa stanowi inaczej” odnosi się tu tylko do przepisów kodeksu spółek handlowych o spółce partnerskiej czy też obejmuje swoim zakresem także i inne ustawy, np. ustawę o prawach adwokatury³ czy ustawę o radcach prawnych⁴ (opowiadamy się za tym drugim wariantem interpretacyjnym, przynajmniej jednak, i kwestia jest problematyczna).

Zgodnie z art. 86 § 1 k.s.h. „spółka partnerska jest spółką osobową utworzoną przez wspólników (partnerów) w celu wykonywania wolnego zawodu w spółce prowadzącej przedsiębiorstwo pod własną firmą”. Przytoczona definicja ustawowa odbiega – pod względem konstrukcyjnym – od definicji ustawowych pozostałych osobowych spółek handlowych. W definicjach ustawowych tych spółek jest bowiem mowa tylko o „prowadzeniu przedsiębiorstwa pod własną firmą”⁵. Tymczasem definicja ustawowa spółki partnerskiej przewiduje, z jednej strony, że spółka ta (jako spółka) prowadzi przedsiębiorstwo pod własną firmą, z drugiej zaś, że jej partnerzy wykonują swój wolny zawód w ramach tej spółki. Wynika stąd, zdaniem autorów, swoisty dualizm pozycji prawnej partnerów. Z jednej strony są oni po prostu zwykłymi wspólnikami, tak jak w każdej innej spółce handlowej, z drugiej zaś są osobami wykonującymi swój własny wolny zawód, tyle tylko że nie wykonują go indywidualnie, lecz w spółce (partnerskiej). Związane z tym problemy omówione zostały w dalszej części niniejszego opracowania.

Rozważając problem szczególnego statusu prawnego partnera prawniczej spółki partnerskiej, należy – mając na względzie ograniczone

¹ Pięmiennictwo dotyczące spółki partnerskiej jest bogate. Niewątpliwie pozycją podstawową jest monografia: U. Promińska, *Spółka partnerska*, Warszawa 2013; zob. też literaturę tam powoływaną.

² Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2000 r. Nr 94, poz. 1037 ze zm.), dalej – k.s.h.

³ Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 1982 r. Nr 16, poz. 124 ze zm.), dalej – pr. adw.

⁴ Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. z 1982 r. Nr 19, poz. 145 ze zm.), dalej – u.r.p.

⁵ Zob. art. 22 § 1 (co do spółki jawnej), art. 102 (co do spółki komandytowej) oraz art. 125 k.s.h. (co do spółki komandytowo-akcyjnej).

ramy niniejszego opracowania - po wi ci dalsze rozwa nia tylko kilku problemom które, jak dot d, były traktowane w doktrynie w sposób dyskusyjny lub marginalny.

Spółka partnerska powstaje w dwóch etapach. Etapem pierwszym jest zawarcie umowy spółki partnerskiej (na pi mie pod rygorem niewa no ci - art. 92 k.s.h.). Etap drugi - skutkuj cy powstaniem spółki jako odr bnego podmiotu prawa - to wpis spółki do rejestru (art. 94 k.s.h.).

Zawarcie umowy skutkuje powstaniem stosunku prawnego spółki partnerskiej (okre lanego cz sto mianem przedspółki), którego tre ci s okre lone uprawnienia i obowi zki partnerów. Do stosunku tego nale y, zdaniem autorów, stosowa wprost przepisy kodeksu spółek handlowych dotycz ce spółki partnerskiej oraz, na zasadzie odesłania ustawowego (art. 89 k.s.h.), odpowiednio przepisy o spółce jawnej, jednak z wył czeniem tych przepisów, które odnosz si do spółki partnerskiej jako odr bnego podmiotu prawa, czyli mówi c w uproszczeniu przepisów reguluj cych tzw. stosunek spółki do osób trzecich (art. 95-97 w zw. z art. 28-36 k.s.h.)⁶.

Umowa spółki partnerskiej okre la *sui generis* konstytucj konkretnej spółki partnerskiej. Zgodnie z art. 91 k.s.h. powinna ona zawiera : 1) okre lenie wolnego zawodu wykonywanego przez partnerów w ramach spółki; 2) przedmiot działalno ci spółki; 3) nazwiska i imiona partnerów, którzy ponosz nieograniczon odpowiedzialno za zobowiazania spółki, w przypadku przewidzianym w art. 95 § 2; 4) w przypadku, gdy spółk reprezentuj tylko niektórzy partnerzy, nazwiska i imiona tych partnerów; 5) firm i siedzib spółki; czas trwania spółki, je eli jest oznaczony oraz 7) okre lenie wkładów wnoszonych przez ka dego partnera i ich warto .

Nale y mie na wzgl dzie, i umowa spółki partnerskiej mo e zawiera postanowienia dodatkowe (tzn. nieprzewidziane w kodeksie spółek handlowych), jak równie postanowienia modyfikuj ce, na u ytek konkretnej spółki, regulacje kodeksowe o charakterze dyspozytywnym (wzgl dnie obowi zuj cym). Ta ostatnia mo liwo dotyczy w szczególno ci kwestii zasad tzw. prowadzenia spraw spółki oraz zasad udziału poszczególnych partnerów w jej zyskach b d w stratach. Jak si wydaje, podmioty zawieraj ce umow spółki partnerskiej powinny z przy czyn praktycznych korzysta z tej mo liwo ci, o czym dalej.

⁶ Zob. W. Pyziół, „Spółka” jawna w fazie pocz tkowej, [w:] *Rozprawy z prawa prywatnego. Ksi ga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Wojciechowi Popiołkowi*, Warszawa 2017, s. 559 i nast.; zawarte w tym opracowaniu ustalenia dotycz wprowadzie spółki jawnej, ale maj w pełni zastosowanie do spółki partnerskiej.

go zawodu przez partnerów⁸. Rzuca to również na ocenę stosunków prawnych zawiązanych przez spółkę z klientami. Treść takiego stosunku, jako zobowiązania spółki, może być jedynie zapewnienie, iż konkretna usługa prawna zostanie wykonana w sposób prawidłowy przez któregoś z partnerów, bądź tego w omawianej sytuacji osobę trzecią. Wynikająca z takiego zapewnienia odpowiedzialność spółki będzie odpowiedzialnością typu gwarancyjnego. Natomiast wykonywanie przez konkretnego partnera konkretnej usługi prawnej nastąpi będzie na podstawie odrębnego stosunku prawnego łączącego tego partnera z klientem. W niektórych przypadkach ten ostatni stosunek prawny nawiązany będzie *per facta concludentia* przykładowo w związku z udzieleniem pełnomocnictwa procesowego albo przez podjęcie przez partnera określonego działania mieszczącego się w ramach pomocy prawnej, np. udzielenia porady prawnej. Powyższe stwierdzenie wydaje się uzasadnione samą istotą wolnego zawodu, jest on bowiem zawsze wykonywany przez konkretną osobę we własnym imieniu, samodzielnie i na własną odpowiedzialność. Wykonywanie wolnego zawodu w spółce nie jest *sui generis* „parawanem ochronnym” dla osoby, która ten zawód wykonuje. Wynika stąd, iż partner, który popełniając tzw. błąd w sztuce, wyrządził klientowi szkodę, ponosi będzie odpowiedzialność niejako z dwóch tytułów. Z jednej strony będzie to jego odpowiedzialność indywidualna, z drugiej zaś – odpowiedzialność subsydiarna jako partnera za zobowiązania spółki partnerskiej (art. 22 § 2 w zw. z art. 31 oraz 89 i 95 k.s.h.).

Zgodnie z art. 91 pkt 7 k.s.h. umowa spółki partnerskiej powinna zawierać (pod rygorem nieważności – art. 92 k.s.h.) „określenie wkładów wnoszonych przez każdego partnera i ich wartość”. Wkład partnera może polegać na przeniesieniu lub obciążeniu własności rzeczy lub innych praw, a także na dokonaniu innych świadczeń na rzecz spółki (art. 48 § 2 w zw. z art. 89 k.s.h.). Praktycznie taka ogólna formuła dopuszcza, ale tylko co do zasady, iż przedmiotem umówionego wkładu każdego z partnerów może być każde dobro posiadające wymierną wartość uznane przez strony umowy za przydatne dla spółki (w grę wchodzi tu pieniądze, wkłady rzeczowe, wierzytelności itp.). Jednak jest kwestia problematyczna, czy wykonywanie przez partnerów wolnego zawodu w spółce (a ściślej – uzyskanie stąd przychodów) może być przedmiotem

⁸ Tak (trafnie) U. Promińska, *Spółka..., op. cit.*, s. 25-26; odmienny pogląd (nietrafny, a poza tym nieopatrzonego uzasadnieniem) prezentuje: A.J. Witosz [w:] *Kodeks spółek handlowych*, t. 1, red. A. Kidyba, Warszawa 2017, s. 593.

umówionego wkładu partnera. Na takim stanowisku stoi m.in. Urszula Promińska⁹. Jest to jednak stanowisko nietrafne.

Przyczyn podstawow decyzji osób posiadaj cych uprawnienie do wykonywania wolnego zawodu zawarcia umowy spółki partnerskiej jest stworzenie wspólnej infrastruktury organizacyjnej i majątkowej ułatwiającej poszczególnym partnerom wykonywanie przez każdego z nich wolnego zawodu. Jedną z konsekwencji stworzenia takiej infrastruktury jest to, iż przychody uzyskane przez konkretnego partnera z tytułu wykonywania wolnego zawodu wchodzi do majątku spółki. Inaczej mówiąc, kiedy partner wykonuje swój wolny zawód we własnym imieniu, jak opisano to wyżej, ale na rachunek spółki. Uzyskany w ten sposób zysk spółki jest następnie dzielony pomiędzy partnerów według ustawowych lub umownie ustalonych zasad podziału zysku (art. 51 w zw. z art. 37 i 89 k.s.h.). Należy jednak mieć na względzie, że jeżeli uznamy za dopuszczalny wkład partnera, uzyskane przez niego indywidualne przychody, to należy konsekwentnie przyjąć, że takie indywidualne przychody mogą być przedmiotem wkładu, i to wyłącznie, nawet wszystkich partnerów. W takim przypadku należałoby zapytać, jaki miałyby cel tworzenia spółki partnerskiej, skoro – co jest oczywiste – wartość wkładów poszczególnych partnerów raczej nigdy nie będzie równa, a co zatem idzie – niektórzy partnerzy traciliby finansowo, przystępując do spółki, zamiast wykonywać np. indywidualnie swój wolny zawód. Poza tym trudno byłoby oznaczyć w umowie spółki wartość wkładów wnoszonych przez poszczególnych partnerów, czego wymaga art. 91 pkt 7 k.s.h.

Niezależnie od powyższego trzeba wziąć pod uwagę sytuację, w której dany partner w ogóle nie będzie mógł wykonać swojego zobowiązania do wniesienia wkładu. Zgodnie bowiem z art. 25 ust. 2 w zw. z art. 37 pr. adw. spółka partnerska powinna, co do zasady, uwzględnić życzenia klienta co do wyboru adwokata. Regulacji takiej brak jest, co prawda, w ustawie o radcach prawnych, ale omawiane prawo wyboru da się wywieść z umownego charakteru stosunku prawnego łączącego klienta ze spółką partnerską. Może się zatem zdarzyć, że dany partner, nie ciesząc się siłą zaufaniem klientów, nie będzie przez klientów wskazany jako wykonawca usługi, a co za tym idzie, nie będzie mógł wnieść wkładu do spółki. To będzie z kolei oznaczać, że taki partner nie będzie mógł wykonać zobowiązania wynikającego z umowy spółki¹⁰.

⁹ *Ibidem*, s. 69; na odmiennym (trafnym) stanowisku stoi: M. Spyra [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 301-302.

¹⁰ Konsekwencją powyższego stwierdzenia jest to, iż kiedy z partnerów jest zobowiązany wnieść do spółki partnerskiej wkład pieniężny lub niepieniężny o ozna-

Jak już wyżej wzmiankowano, umowa spółki partnerskiej może zawierać klauzule dodatkowe (w relacji do art. 91 k.s.h.), jak również klauzule modyfikujące *in concreto* postanowienia kodeksu spółek handlowych w zakresie, w jakim jest to dopuszczalne, względnie obowiązującym charakterem przepisów ustawowych. Praktycznie oznacza to, że strony umowy spółki partnerskiej mogą zmienić regulacje lub odstąpić od regulacji prawnych dotyczących tzw. stosunków wewnętrznych spółki (art. 37-57 w zw. z art. 89 i z uwzględnieniem art. 37 § 2 k.s.h.).

W szczególności powyższe dotyczy dwóch kwestii, a mianowicie kwestii a) zasad prowadzenia spraw spółki partnerskiej oraz - związanej z nią - b) kwestii partycypacji w zyskach i stratach spółki.

Ad a) co do zasady prawo prowadzenia spraw spółki partnerskiej przysługuje wszystkim partnerom (z zastrzeżeniem art. 97 k.s.h.). Jednak należy mieć na względzie stosunki faktyczne danej spółki. W praktyce niemal zawsze jest tak, iż w spółce występuje partner wiodący, a jest nim osoba, która cieszy się odpowiednim autorytetem zawodowym (inicjator założenia spółki itp.). Taki wiodący partner *de facto* podejmuje w spółce wszystkie istotne decyzje co do np. przydzielenia danej sprawy do załatwienia konkretnej osobie. Partner wiodący jest formalnie równorzędnie równy w swoich prawach i obowiązkach z innymi partnerami.

Umowa spółki może jednak przewidywać także i formalne uprzywilejowanie takiego partnera. W praktyce spółek partnerskich w USA (bądź innych państwach o podobnej formie prawnej) stosowany jest podział na tzw. starszych partnerów, partnerów oraz młodszych partnerów. Z podziałem tym jest związany nierówny udział poszczególnych partnerów w podejmowaniu decyzji w sprawach danej spółki, a także nierówny udział w zyskach i stratach tej spółki.

Powyższy układ stosunków w spółce partnerskiej może być w sensie formalnym także i podporządkowaniem prawa polskiego uregulowanego przez odpowiednie wykorzystanie możliwości, jakie wynikają z dyspozytywnego charakteru odpowiednich przepisów kodeksu spółek handlowych.

I tak może być przyznanie partnerowi wiodącemu nawet całkowitego prawa do prowadzenia spraw spółki z wyłączeniem pozostałych partnerów. W takim przypadku może być także i wyłączenie pozostałych partnerów od reprezentacji spółki (art. 30 § 1 k.s.h.).

czonej wartości niezwiązanej z jego pracą jako osoby osobicie wykonującej wolny zawód. Taki wkład ma na celu umożliwienie funkcjonowania przedsiębiorstwa prowadzonego przez spółkę.

Możliwe jest również zróżnicowanie pozycji prawnej poszczególnych partnerów w zakresie ich kompetencji w sprawach prowadzenia sprawy spółki, np. przez uznanie, iż w określonych w umowie sprawach konieczna jest zgoda określonej wikszości partnerów albo że mogą oni prowadzić sprawy spółki tylko w oznaczonym zakresie.

Ad b) co do zasady wszyscy partnerzy spółki partnerskiej uczestniczą w zyskach spółki w częściach równych (art. 51 § 1 w zw. z art. 89 k.s.h.). Możliwe jest jednak umowne zróżnicowanie udziału w zyskach w odniesieniu do poszczególnych partnerów. Udział w zyskach spółki może być umownie uzależniony także i od wielkości przychodów wnoszonych przez poszczególnych partnerów, co nie ma jednak związku z problematyką ich wkładów do spółki, jak już było wyżej wspomniane.

Angelika Rze niczak

Badania poligraficzne w polskim post powaniu karnym na podstawie prowadzonych post powa karnych w S dzie Okr gowym w Krakowie w latach 2012-2017

Podstaw do przeprowadzenia dowodu z opinii poligraficznej w sposób niebudz cy w tpliwo ci daje art. 199a k.p.k.¹ Tre tego przepisu nie powoduje uchylenia zakazu przewidzianego w art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k.², to jest zakazu przesłuchania przy zastosowaniu rodków tech-

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks post powania karnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r. poz. 1904). Art. 199a. Stosowanie w czasie badania przez biegłego rodków technicznych maj cych na celu kontrol nie wiadomych reakcji organizmu badanej osoby mo liwe jest wył cznie za jej zgod . Przepisu art. 199 zakaz dowodu z o wiadcze oskar onego, nie stosuje si .

² Art. 171 [Tryb przesłuchiwania, prawo zadawania pyta] § 1. Osobie przesłuchiwanej nale y umo liwi swobodne wypowiedzenie si w granicach okre lonych celem danej czynno ci, a dopiero nast pnie mo na zadawa pytania zmierzaj ce do uzupełnienia, wyja nienia lub kontroli wypowiedzi. § 2. Prawo zadawania pyta maj , oprócz organu przesłuchuj cego, strony, obro cy, pełnomocnicy oraz biegli. Pytania zadaje si osobie przesłuchiwanej bezpo rednio, chyba e organ przesłuchuj cy zarz dzi inaczej. § 3. Je eli osoba przesłuchiwana nie uko czyła 15 lat, czynno ci z jej udziałem powinny by , w miar mo liwo ci, przeprowadzone w obecno ci przedstawiciela ustawowego lub faktycznego opiekuna, chyba e dobro post powania stoi temu na przeszkodzie. § 4. Nie wolno zadawa pyta su-

nicznych mających na celu kontrol nie wiadomych reakcji organizmu. Art. 199a k.p.k. w sposób wyraźny wskazuje, iż badanie poligraficzne może zostać przeprowadzone wyłącznie w ramach ekspertyzy zleconej przez organ procesowy. Treść art. 199a k.p.k. w zd. 2 eliminuje zastosowanie art. 199³ k.p.k., a więc zakaz dowodowy, że „złożył one wobec biegłego albo wobec lekarza udzielającego pomocy medycznej o wiadczenia oskarżonego, dotyczące zarzucanego mu czynu, nie mogą stanowić dowodu”. Istotnie należy zauważyć, że skoro zakaz wyraźny w art. 199 k.p.k. dotyczy oskarżonego, to również zgodnie z dyspozycją art. 71 § 3 k.p.k.⁴ podejrzanego. Wobec tej regulacji o wiadczenia podejrzanego czy oskarżonego w stosunku do biegłego z zakresu badań poligraficznych nie stanowiły dowód. Wniosek, jaki nasuwa się z powyższego, może być wyłącznie taki, że zgodnie z art. 199a k.p.k. przeprowadzenie badania poligraficznego może nastąpić w trakcie trwania postępowania karnego toczącego się na etapie postępowania przygotowawczego w fazie *in personam* lub w toku postępowania jurysdykcyjnego. Zwrócić w tym miejscu należy uwagę na to, iż biegły nie posiada uprawnień do przesłuchiwania osób, a treści uzyskane od badanego stanowią wyłącznie o wiadczeniach i niedopuszczalne jest traktowanie ich jako zeznań lub wyjaśnień. Art. 199a k.p.k. daje możliwość przeprowadzenia badania przy użyciu poligrafu: podejrzanego, oskarżonego i świadka, w ramach ekspertyzy.

gerujących osobie przesłuchiwanej treść odpowiedzi. § 5. Niedopuszczalne jest: 1) wpływanie na wypowiedzi osoby przesłuchiwanej za pomocą przymusu lub groźby bezprawnej; 2) stosowanie hipnozy albo środków chemicznych lub technicznych wpływających na procesy psychiczne osoby przesłuchiwanej albo mających na celu kontrol nie wiadomych reakcji jej organizmu w związku z przesłuchaniem. § 6. Organ przesłuchujący uchyla pytania określone w § 4, jak również pytania nieistotne. § 7. Wyjaśnienia, zeznania oraz o wiadczenia złożone w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi lub uzyskane wbrew zakazom wymienionym w § 5 nie mogą stanowić dowodu.

³ Art. 199 [Zakaz dowodowy]. Złożył one wobec biegłego albo wobec lekarza udzielającego pomocy medycznej o wiadczenia oskarżonego, dotyczące zarzucanego mu czynu, nie mogą stanowić dowodu.

⁴ Art. 71 § 1. Za podejrzanego uważa się osobę, co do której wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutów albo której bez wydania takiego postanowienia postawiono zarzut w związku z przystąpieniem do przesłuchania w charakterze podejrzanego. § 2. Za oskarżonego uważa się osobę, przeciwko której wniesiono oskarżenie do sądu, a także osobę, co do której prokurator złożył wniosek wskazany w art. 335 § 1 lub wniosek o warunkowe umorzenie postępowania. § 3. Jeżeli kodeks niniejszy używa w znaczeniu ogólnym określenia „oskarżony”, odpowiednie przepisy mają zastosowanie także do podejrzanego.

Z kolei art. 192a k.p.k.⁵ w przeciwie stwie do art.199a, który jest podstaw do wykorzystania badania poligraficznego w celach dowodowych, pozwala na przeprowadzenie tych bada w celach eliminacyjnych w ramach podejmowanych czynno ci przedprocesowych. Przeprowadzenie badania poligraficznego na podstawie art. 192a k.p.k. dopuszczalne jest wył cznie w fazie post powania przygotowawczego prowadzonego w fazie *in rem*, którego celem jest miedzy innymi ograniczenie liczby osób podejrzanych.

W postanowieniu z dnia 29 stycznia 2015 r.⁶ S d Najwy szy w sposób jednoznaczny wskazał, jak nale y rozumie zakaz przeprowadzenia bada poligraficznych w zwi zku z przesłuchaniem, uregulowany w art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k. Zdaniem S du Najwy szego „niedopuszczalne jest u ycie wariografu w trakcie czynno ci przesłuchania. U yte przez ustawodawc w art. 171 § 5 ust 2 k.p.k. wyra enie »w zwi zku z przesłuchaniem« rozumie nale y w ten sposób, e omawiany zakaz dotyczy nie tylko samej czynno ci procesowej przesłuchania, ale równie czynno ci pozostaj cych w bezpo redniej relacji z przesłuchaniem”⁷. S d Najwy szy wskazał, i powy szy zakaz dotyczy zarówno przesłuchania z udziałem eksperta, wykorzystania wariografu przez organ przesłuchuj cy, jak i badania przeprowadzonego przez biegłego, które to badanie nie mo e mie charakteru substytucyjnego wzgl dem przesłuchania⁸. W postanowieniu S d Najwy szy za niedopuszczalne uznał tak e przeprowadzanie badania bezpo rednio przed lub po przesłuchaniu, albowiem badanie mogłoby mie wpływ na swobod wypowiedzi osoby przesłuchiwanej⁹. Nale y zwróci uwag równie na to, i wyra enie „zwi zek z przesłuchaniem” wynikaj ce z tre ci z art. 171 § 5

⁵ Art. 192a § 1. W celu ograniczenia kr gu osób podejrzanych lub ustalenia wartoci dowodowej ujawnionych ladów mo na pobra odciski daktyloskopijne, wymaz ze luzówki policzków, włosy, lin , próby pisma, zapach, wykona fotografi osoby lub dokona utrwalenia głosu. Po wykorzystaniu w sprawie, w której dokonano pobrania lub utrwalenia, pobrany lub utrwalony materiał zb dny dla post powania nale y niezwłocznie usun z akt i zniszczy . § 2. W wypadkach, o których mowa w § 1, za zgod osoby badanej biegły mo e równie zastosowa rodki techniczne maj ce na celu kontrol nie wiadomych reakcji organizmu tej osoby. § 3. Badania i czynno ci, o których mowa w § 1 i art. 192 § 1, wykonuje si odpowiednio w warunkach i w sposób okrelony w przepisach wydanych na podstawie art. 74 § 4.

⁶ Postanowienie z dnia 29 stycznia 2015 r., I KZP 25/14, OSNKW 2015, nr 5, poz. 38.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

ust. 2 k.p.k nie powinno by interpretowane rozszerzaj co, poniewa badanie poligraficzne, które zwi zane jest zarówno z istot post powania, jak i z jego przedmiotem, zawsze w pewnym stopniu b dzie powi - zane z tematem przesłuchania¹⁰.

Powołanie eksperta i ekspertyzy biegłego dokonuje organ procesowy, wydaj c postanowienie. Warunkiem *sine qua non* przeprowadzenia ekspertyzy jest pobranie od badanego pisemnej zgody na badanie poligraficzne. Zgod t powinien uzyska biegły, niestety w praktyce bardzo cz sto uzyskuje przesłuchuj cy.

Odnosz c si do kwestii wykonania badania poligraficznego w ramach ekspertyzy przez biegłego, nale y wyja ni kilka kwestii, bez których niemo liwe stałoby si omówienie problemów, z jakimi spotykamy si w sprawach, w których pojawia si kwestia wykorzystania wiadomo ci specjalnych. Do wiadomo ci tych, w rozumieniu art. 193 k.p.k.¹¹, nie mo na zaliczy takich, które s dost pne dla dorosłego człowieka posiadaj cego odpowiednie do wiadczenie yciowe, wynikaj cych z racji samego wykształcenia czy zdobytego do wiadczenia¹². Nale y mie na uwadze rozró nienie wiedzy specjalistycznej w konkretnej dziedzinie od wiedzy o pewnej dziedzinie, jak nabywa si w toku studiów czy dalszego samokształcenia, co pozwala na przykład prawnikowi na umiej tne wykorzystanie dowodu z opinii biegłego w zakresie jego specjalno ci¹³. Regulacja zawarta w art. 193 § 1 k.p.k. wskazuje wprost, i w przypadku konieczno ci stwierdzenia okoliczno ci maj cych istotne znaczenie dla rozstrzygni cia sprawy, wymagaj cych wiadomo ci specjalnych, zasi ga si opinii biegłego albo biegłych. Ustawa bezpo rednio nakłada w tym miejscu na organ procesowy obowi zek skorzystania z wiadomo ci specjalnych posiadanych przez biegłych, je eli potwierdzenie danej istotnej okoliczno ci nie mo e zosta wykazane za pomoc innych dowodów w toku przewodu s dowego¹⁴. Sporz dzenie opinii

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Art. 193 § 1. Je eli stwierdzenie okoliczno ci maj cych istotne znaczenie dla rozstrzygni cia sprawy wymaga wiadomo ci specjalnych, zasi ga si opinii biegłego albo biegłych. § 2. W celu wydania opinii mo na te zwróci si do instytucji naukowej lub specjalistycznej. § 3. W wypadku powołania biegłych z zakresu ró nych specjalno ci, o tym, czy maj oni przeprowadzi badania wspólnie i wyda jedn wspól n opini , czy opinie odr bne, rozstrzyga organ procesowy powołuj - cy biegłych.

¹² Zob. wyrok SN z dnia 15 kwietnia 1976 r., II KR 48/76, OSNKW 1976, nr 10-11, poz. 133.

¹³ *Kodeks post powania karnego komentarz Lex 2015*, red. J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, dost pne na: sip.lex.pl [23.09.2017].

¹⁴ Zob. wyrok SN z dnia 21 lutego 1985 r., I KR 9/85, OSPNG 1986, nr 1, poz. 3.

przez biegłego lub biegłych staje si zb dne w sytuacji, w której do wyja nienia okoliczno ci kluczowych dla rozstrzygni cia w sprawie wystarczaj ca oka e si wiedza i do wiadczenie s dziowskie, a jednocze nie wyst pi koniecznie wyja nienia okoliczno ci na podstawie wiadomo ci specjalnych¹⁵. Orzecznictwo nie pozostawia w tliwo ci, i organ procesowy nie mo e poczyni własnych ustale w przypadku, o którym mowa w art. 193 k.p.k., nawet je eli dysponuje on wiedz to sam z t posiadana przez biegłego¹⁶.

Je eli wyja nienie kluczowych dla sprawy okoliczno ci wymaga wiadomo ci specjalnych, to na organie procesowym spoczywa obowi zek powołania biegłego¹⁷. S d Najwy szy nie dopuszcza równie ingerencji składu orzekaj cego, nawet z racji dodatkowego specjalistycznego wykształcenia, które pozwalałoby na posiadanie wiadomo ci specjalnych, przez jednego członka lub nawet cały skład orzekaj cy. Działanie sprzeczne ze stanowiskiem S du Najwy szego w tym wzgl dzie stanowi naruszenie przez organ procesowy art. 193 § 1 k.p.k.¹⁸

S d Najwy szy wskazuje równie , e to nie na biegłym, a na organie procesowym spoczywa obowi zek dokonania ustale faktycznych w sprawie, natomiast sporz dzone opinie mog by jedynie *in concreto* materiałem pomocniczym do poczynienia przez organ procesowy ustale w zakresie odtworzenia faktów kluczowych dla wydania rozstrzygni cia w sprawie¹⁹.

W momencie zaistnienia okoliczno ci nakazuj cych skorzystanie z wiadomo ci specjalnych poza zasi gni ciem opinii biegłego mo na równie zwróci si do instytucji naukowej lub specjalistycznej w celu wydania opinii. Jednak pomimo wprowadzenia w kodeksie post powania karnego w art. 193 § 2 takiego uprawnienia, ustawodawca nie wyja nia, jak instytucj mo na uzna za naukow , a jak za specjalistyczn .

Ukształtowania redakcyjnego art. 193 k.p.k. (wskazuj cego w § 1 na mo liwo skorzystania z opinii biegłego albo biegłych, natomiast w § 2 uwzgl dniaj cego mo liwo skorzystania z pomocy instytucji nauko-

¹⁵ Zob. postanowienie SA w Krakowie z dnia 16 grudnia 1998 r., II AKZ 191/98, KZS 1998, nr 12, poz. 37.

¹⁶ Zob. wyrok SN z dnia 19 czerwca 1980 r., I KR 118/80, niepubl.

¹⁷ Zob. wyrok SN z dnia 13 czerwca 1996 r., IV KRN 38/96, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 2, poz. 9 (wkl.).

¹⁸ Zob. wyrok SN z dnia 3 maja 1982 r., I KR 319/81, OSPNG 1982, nr 11, poz. 149; podobnie wyrok SN z dnia 20 maja 1984 r., I KR 102/84, OSNPG 1984, nr 12, poz. 112.

¹⁹ Zob. postanowienie SN z dnia 7 listopada 2005 r., V KK 91/05, OSNwSK 2005, nr 1, poz. 2005.

wej lub specjalistycznej) nie nale y interpretowa jako priorytetowego przedło enia opinii biegłych indywidualnych nad tymi sporz dzonymi przez wskazane w § 2 instytucje²⁰. S d Najwy szy równie odniósł si w swoim orzecznictwie do uregulowania w tre ci art. 193 k.p.k. kwestii dotycz cych opinii pochodz cych od biegłych oraz od instytucji w dwóch osobnych jednostkach redakcyjnych, wskazuj c, i takie rozró nienie spowodowane jest po pierwsze do wiadzeniem, z którego w sposób przejrzysty wynika wi ksza cz stotliwo wydawania opinii przez biegłych indywidualnych, a po drugie dokonany podział nadaje szczególnego charakteru opiniom wykorzystywanym w szczególnie zawiłych sprawach wydawanych przez instytucje naukowe lub specjalistyczne²¹.

W doktrynie spotykamy rozró nienie, zgodnie z którym uwa a si , e instytucjami naukowymi w rozumieniu art. 193 § 2 k.p.k. s jednostki naukowe uczelniane, przyjmuje si równie , e w sytuacji, w której maj one „wiadomo ci specjalne w rozumieniu wskazanego wy ej przepisu, mog by powoływane przez organy procesowe w »celu wydania opinii«”²². Trudniejsze wydaje si jednoznaczne okre lenie, jak instytucj mo emy nazwa specjalistyczn w rozumieniu art. 193 § 2 k.p.k, jednak przyjmuje si , i za instytucj o charakterze specjalistycznym mo na uzna tak instytucj , której profil działalno ci pozwala na wykonywanie ekspertyz, co zostało potwierdzone przez wła ciwe organy pa stwowe, które na bie co tak instytucj nadzoruj ²³. Po spełnieniu szczegółowych kryteriów nic nie stoi na przeszkodzie, aby za instytucje specjalistyczne uzna okre lone prywatne podmioty gospodarcze²⁴.

Kolejn istotn kwesti jest pojawiaj ce si w tym kontek cie naruszenie art. 7 k.p.k.: „Organy post powania kształtuj swe przekonanie na podstawie wszystkich przeprowadzonych dowodów, ocenianych swobodnie z uwzgl dnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskaza wiedzy i do wiadzenia yciowego” - albowiem opinia podlega ocenie podobnie jak wszystkie inne dowody w sprawie.

Kryteria wskazane w art. 7 k.p.k. w zakresie oceny dowodów obowizuj wszystkie organy post powania karnego we wszystkich eta-

²⁰ J. Skorupka, *Kodeks post powania karnego. Komentarz*, Legalis 2017, dost pne na: sip.legalis.pl [23.09.2017].

²¹ Zob. wyrok SN z dnia 24 czerwca 1981 r., IV CR 215/81, OSPiKA 1982, nr 7, poz. 121.

²² J. Widacki, *Instytucja naukowa lub specjalistyczna w rozumieniu art. 193 § 2 k.p.k.*, „Pa stwo i Prawo” 2013, nr 9, s. 45-53.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

pach prowadzonego postępowania. Zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów organy procesowe nie są związane z góry ustalonymi regułami czy dyrektywami organów lub osób wskazujących na sposób oceny dowodów, lecz mają obowiązek wartościowania dowodów i dokonania ustaleń faktycznych, opierając swoje przekonania w tym względzie na całokształcie zgromadzonego materiału dowodowego. W celu niedopuszczenia do powstawania sytuacji, w której organ procesowy dokonuje, zamiast swobodnej oceny dowodów wyrażonej w art. 7 k.p.k., dowolnej oceny zgromadzonego materiału dowodowego, to wynikająca z dyspozycji art. 7 k.p.k. ocena musi zostać przeprowadzona na podstawie następujących kryteriów:

1) w myśl art. 92 k.p.k. podstawą orzeczenia może stanowić tylko całokształt okoliczności ujawnionych w postępowaniu, mających znaczenie dla rozstrzygnięcia.

Konieczne jest, aby uwzględnić również :

- 2) zasad prawidłowego rozumowania;
- 3) wskazania wiedzy;
- 4) do wiadczenia syciowego²⁵.

Dopiero przy zastosowaniu w sposób prawidłowy wszystkich kryteriów można mówić o działaniu organu procesowego zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów wyrażoną w art. 7 k.p.k.

W przypadku dokonywania oceny materiału dowodowego w zakresie opinii sporządzonych przez biegłych, jeżeli w sprawie zaistnieje wątpliwość lub sprzeczność, których organ procesowy nie będzie w stanie samodzielnie wyjaśnić, wówczas można na podstawie art. 172 k.p.k. dokonać przesłuchania biegłego. Dowód z badań poligraficznych podlega dokładnie takiej samej ocenie jak każdy inny dowód. Orzecznictwo Sądu Najwyższego wskazuje, iż dowód pochodzący z opinii biegłego powinien zostać oceniony przy zastosowaniu następujących wskazówek, to jest, czy:

- 1) biegły dysponuje wiadomościami specjalnymi, niezbędnymi do stwierdzenia okoliczności mających istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy;
- 2) opinia biegłego jest logiczna, zgodna z do wiadczeniem syciowym i wskazaniem wiedzy;
- 3) opinia ta jest pełna i jasna oraz nie zachodzi niewyjaśniona sprzeczność pomiędzy nią a inną opinią ujawnioną w toku przewodu sądowego²⁶.

²⁵ J. Skorupka, *Kodeks., op. cit.*

²⁶ Zob. wyrok SN z dnia 6 maja 1983 r., IV KR 74/83, OSNK 1983, nr 12, poz. 102 z glos. M. Ciełaka („Nowe Prawo” 1985, nr 4, s. 104) oraz aprobujący uwagi

Jak przyjmuje się w doktrynie i orzecznictwie S du Najwy sze go, w przypadku gdy w sporz dzonych w sprawie opiniach zachodz rozbie no ci dotycz ce istotnych okoliczno ci w zakresie dokonania ustale , oceny lub sformułowania odmiennych wniosków, na podsta wie art. 201 k.p.k. wskazuje się na mo liwo wezwania ponownie biegłych lub powołania innych²⁷. Regulacja zawarta w art. 201 nie nakłada wprost obowi zku ponownego wezwania biegłych lub ich powołania, jednak w my l wskazanego przepisu za niedopuszczalne uznaje się odrzucenie wszystkich opinii i przyj cie własnego odmiennego stanowiska²⁸. W przypadku wyst pienia sprzeczno ci s d nie jest zobligowany do mno enia opinii biegłych, a tym bardziej do zaj cia stanowiska, które wi kszo ci mo na uzna za bli sze prawidłowym ustaleniom, w takiej sytuacji s d mo e rozstrzygn arbitralnie i przychyli się do słuszo ci racji wskazanych w którejkolwiek z opinii pod warunkiem odpowiedniego i rzetelnego uzasadnienia dokonanego wyboru²⁹.

Na potrzeby niniejszej publikacji szczegółowo przeanalizowano akta czterech spraw zako czonych prawomocnie, a rozpoznawanych przez S d Okr gowy w Krakowie w latach 2012-2017, w których został przeprowadzony dowód z bada poligraficznych³⁰. W trzech sprawach badanie poligraficzne zostało wykonane w toku post powania przygotowawczego, a w jednej ze spraw w toku post powania jurysdykcyjnego, w którym to przypadku s d wydał postanowienie i dopu cił dowód z bada poligraficznych na wyra ne danie oskar onego. Tylko w jednej sprawie zarówno w toku post powania przygotowawczego, jak i jurysdykcyjnego biegły został przesłuchany z uwagi na pojawiaj ce się w t pliwo ci co do tre ci przedstawionej opinii pisemnej. Wył cznie jeden obro ca kwestionował rzetelno ekspertyzy, wskazywał, e opinia jest niepełna, niejasna i wewn trznie sprzeczna. Ten sam obro ca jako jedyny sporz dził zarzuty apelacyjne dotycz ce dowodu z opinii bada poligraficznych.

Dla celów niniejszej publikacji w zakresie informacji pochodz cych z akt przeanalizowanych spraw wszelkie dane osobowe zostały zmienne.

mi F. Prusaka („Nowe Prawo” 1984, nr 5, s. 75) i M. Cie laka, Z. Dody („Palestra” 1984, nr 10, s. 84); podobnie wyrok SN z dnia 18 maja 1987 r., V KRN 125/87, OSNPG 1987, nr 12, poz. 148.

²⁷ J. Skorupka, *Kodeks...*, *op. cit.*

²⁸ Zob. wyrok SA w Krakowie z dnia 2 grudnia 1998 r., II AKa 209/98, KZS 1998, nr 12, poz. 36.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Sygn. akt: III K 24/12, III K 187/14, VI K 71/15 i VI K 191/14.

We wszystkich analizowanych sprawach w sposób nieumiejętny zostały sformułowane pytania do biegłych zawarte w postanowieniach o zasięgnięciu opinii. Mimo dyspozycji w art. 194 § 2 k.p.k.³¹ w treści postanowień organ wskazywał, iż przedmiotem opinii ma być:

- ustalenie, czy podejrzany posiada lady emocjonalne związane ze swoim udziałem w zabójstwie (AP II Ds 6/07/S Prokuratura Apelacyjna w Krakowie);
- ustalenie, czy w systemie nerwowym oskarżonego są czy nie są zarejestrowane lady pamięciowe związane z zarzucanymi mu czynami (VI K 191/16 S d Okręgowy w Krakowie);
- ustalenie, czy w systemie nerwowym podejrzanej X.Y. występują lady pamięciowe wskazujące na wiedzę podejrzanej o okolicznościach i przebiegu zabójstwa Y.Y. (V Ds. 10/13/S Prokuratura Okręgowa w Krakowie);
- ustalenie, czy wyniki badań wskazują, że w pamięci podejrzanego zostały utrwalone lady pamięciowe związane z bójką, do której doszło w dniu X.XX.XXXX w Y w rejonie Y, a w szczególności, czy wymieniony posiada wiedzę dotyczącą przyczyn i przebiegu zdarzenia, tak jego uczestników - ich danych osobowych, pseudonimów i wyglądu (V Ds. 114/13 Prokuratura Okręgowa w Krakowie).

Sformułowanie pytania o związek emocjonalny osoby badanej ze sprawą powoduje, że przeprowadzenie badania poligraficznego traci sens, albowiem związek emocjonalny ze sprawą mają różne osoby, na przykład obrońca, prokurator, sędzia, i to niezależnie od tego, czy są sprawcami. W powyższych sprawach sędziów z biegłych, otrzymując postanowienie z tak sformułowanym przedmiotem badań poligraficznych, nie odstąpił od badania, również sędziów biegłych nie zakwestionował w treści swej opinii błędnie sformułowanych pytań.

Analiza sprawozdań z przeprowadzonych badań poligraficznych doprowadziła do wniosku, iż podczas przeprowadzonych badań poligraficznych biegli formułowali pytania, których forma jest niedopuszczalna, bowiem konstrukcja pytań nie pozwalała na udzielenie jednoznacznej odpowiedzi (tak czy nie), pozostawiając szerokie pole do interpretacji. Najczęstszym problemem były niedozwolone pytania złożone, które występowały we wszystkich przeprowadzonych badaniach.

³¹ Art. 194. O dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego wydaje się postanowienie, w którym należy wskazać: 1) imię, nazwisko i specjalność biegłego lub biegłych, a w wypadku opinii instytucji, w razie potrzeby, specjalność i kwalifikacje osób, które powinny wziąć udział w przeprowadzeniu ekspertyzy; 2) przedmiot i zakres ekspertyzy ze sformułowaniem, w miarę potrzeby, pytań szczegółowych; 3) termin dostarczenia opinii.

W sporządzonych sprawozdaniach pojawiały się także pytania dotyczące odczuć i emocji badanych.

Przykładowe pytania krytyczne, wymagające zakwestionowania:

Czy w czasie dokonywania zabójstwa dwóch mężczyzn był pan przy tym obecny i widział pan ten fakt? (AP II Ds 6/07/S Prokuratura Apelacyjna w Krakowie).

Czy wie Pan kto dokonał zabójstwa dwóch mężczyzn w X w dniu XX.XX.XXXX około godziny XX.XX (AP II Ds 6/07/S Prokuratura Apelacyjna w Krakowie).

Czy ukrywasz jakiegokolwiek fakty, które mogły doprowadzić do wyjaśnienia przebiegu i okoliczności śmierci T.K. oraz osób, które przyczyniły się do jego zgonu? (V Ds. 10/13/S Prokuratura Okręgowa w Krakowie).

Czy w czasie, kiedy usiłowano pozbawić mężczyznę życia w mieszkaniu rodziny X, była przy tym obecna i widziała tego przebieg? (V Ds. 10/13/S Prokuratura Okręgowa w Krakowie).

W analizowanych sprawach przy przeprowadzonych badaniach poligraficznych wykorzystano różne techniki badania. W sporządzonych opiniach z ekspertyzy biegli formułowali następujące wnioski:

[.] W testach R/I nie stwierdzono znaczących i konsekwentnych zmian fizjologicznych badanego przy udzielaniu odpowiedzi na pytania relewantne (związane) mogących świadczyć o ukrywaniu informacji w zakresie zadanych pytań [.] (V Ds. 114/13 Prokuratura Okręgowa w Krakowie).

[.] Przeprowadzone badanie poligraficzne i zarejestrowane reakcje (opisane w treści sprawozdania) dają podstawy do przyjęcia wysokiego stopnia prawdopodobieństwa, że X.Y. aktywnie przyczyniła się do spowodowania śmierci mężczyzny w X w XXXX roku, w mieszkaniu XiX Y na osiedlu Q w Y [.] (V Ds. 10/13/S Prokuratura Okręgowa w Krakowie).

[.] Ponadto zarejestrowane u badanej reakcje wskazują, że wprowadza ona organicyzacja w błąd w zakresie stawianych jej pytań krytycznych dotyczących osobistej roli w tym czynie oraz przebiegu i okoliczności, które doprowadziły do śmierci mężczyzny [.] (V Ds. 10/13/S Prokuratura Okręgowa w Krakowie).

[.] Wyniki badania pozwalają na przyjęcie, że wysoko prawdopodobne jest, że świadek wiedział wcześniej o planowaniu śmierci Y.Y. Ponadto był on świadkiem rozmowy, w trakcie której był on nakłaniany do udziału w tym przestępstwie [.] (V Ds. 10/13/S Prokuratura Okręgowa w Krakowie).

[.] Przeprowadzone badania poligraficzne i zarejestrowane reakcje (opisane w treści sprawozdania) wskazują na duży stopień prawdopodobieństwa uczestniczenia X.Y. w obrocie środkami odurzającymi i psychotropowymi, w latach 2012-2014, przy udziale jeszcze innych skrywanych osób w tym Y.X. [.] (VI K 191/16 Sąd Okręgowy w Krakowie).

[.] W świetle uzyskanych wyników należy wyjaśnić, iż wyróżniająca (znacząca) reakcja organizmu na określony bodziec (pytanie testowe) jest wynikiem co najmniej wiadomości skrywanej wiedzy lub aktywnego uczestniczenia w danym zdarzeniu [.] (VI K 191/16 S d Okręgowy w Krakowie).

[.] Analiza reakcji podejrzanego w testach typu POT pozwoliły na stwierdzenie, iż podejrzany X.Y. reagował wybiórczo na bodziec związany z marką pojazdu użytkowanego przez denatów (POT I), bodziec związany z kolorem pojazdu użytkowanego przez denatów (POT II), bodziec związany z przedmiotem należącym do denatów i pozostawionym niedaleko miejsca zdarzenia przez sprawców (POT IV), bodziec związany z zachowaniem się sprawców przed, w trakcie i po zabójstwie, tj. biała reklamówka i przewrócenie się jednego ze sprawców w czasie ucieczki z miejsca zdarzenia (POT V) [.] (AP II Ds 6/07/S Prokuratura Apelacyjna w Krakowie).

[.] Badany reagował na bodziec związany z jednym kalibrem broni użytej przez sprawców (POT III), bodziec związany z zachowaniem sprawców przed, w trakcie i po zabójstwie, to jest udawanie oddawania moczu i broń przewieszoną przez szyję (POT V), bodziec związany z nazwą ulicy, przy której sprawcy mogli zaparkować swój pojazd (POT VI), co pozwoliło biegłemu na kontestację, iż podejrzany posiada wiedzę o okolicznościach zdarzenia dotyczącego zabójstwa, mimo iż posiadaniu tej wiedzy przeczy [.] (AP II Ds 6/07/S Prokuratura Apelacyjna w Krakowie).

[.] Analiza reakcji dokonana drugiego podejrzanego w testach typu POT pozwoliły na stwierdzenie, iż podejrzany X.Y. reagował wybiórczo na bodziec związany z marką pojazdu użytkowanego przez denatów (POT I), bodziec związany z jednym kalibrem broni użytej przez sprawców (POT III), bodziec związany z zachowaniem się sprawców przed, w trakcie i po zabójstwie, tj. jeden ze sprawców miał przewieszoną broń przez szyję, i przewrócenie się jednego ze sprawców w czasie ucieczki z miejsca zdarzenia (POT V) [.] (AP II Ds 6/07/S Prokuratura Apelacyjna w Krakowie).

[.] Podejrzany reagował na bodziec związany z kolorem pojazdu użytkowanego przez denatów (POT II), bodziec związany z przedmiotem należącym do denatów i pozostawionym niedaleko miejsca zdarzenia przez sprawców (POT IV), bodziec związany z zachowaniem się sprawców przed, w trakcie i po zabójstwie, tj. udawanie oddawania moczu i biała reklamówka (POT V), bodziec związany z nazwą ulicy, przy której dokonano zabójstwa (POT VI) [.] (AP II Ds 6/07/S Prokuratura Apelacyjna w Krakowie).

Analiza pozwoliła biegłemu na kontestację, iż podejrzany posiada wiedzę o okolicznościach zdarzenia dotyczącego zabójstwa, choć posiadaniu tej wiedzy przeczy [.] (AP II Ds 6/07/S Prokuratura Apelacyjna w Krakowie).

[.] w wyniku analizy zarejestrowanych przez poligraf reakcji podejrzanego pozwolił na przyjęcie przez biegłego tezy, iż u badanego stwierdzono łady emo-

cjonalne zwi zane z zabójstwem dwóch m czyzn w X, a obraz ladów pozwolił na wniosek, i badany mo e posiada wiedz o osobach, które uczestniczyły bezpo rednio w przedmiotowym zabójstwie, jednak nie mo na wykluczy , i mógł on równie w nim bezpo rednio uczestniczy [.]” (AP II Ds 6/07/S Prokuratura Apelacyjna w Krakowie).

[.] u badanego stwierdzono lady emocjonalne zwi zane z zabójstwem dwóch m czyzn w X i obraz tych ladów pozwolił na wniosek, i badany mógł posiada wiedz o osobach, które uczestniczyły bezpo rednio w tym zabójstwie oraz o planowaniu przedmiotowego zabójstwa, a tak e nale ałoby uzna , i prawdopodobnie podejrzany nie uczestniczył bezpo rednio w dokonaniu przedmiotowego zabójstwa [.] (AP II Ds 6/07/S Prokuratura Apelacyjna w Krakowie).

Wyniki przeprowadzonych bada poligraficznych słu wskazaniu jednego z trzech zbiorów, do których z okre lon dokładnie ci biegły zalicza przebadan osob na podstawie zmian emocjonalnych, które wyst piły u badanego przy udzielaniu odpowiedzi na pytania krytyczne: zbiór nieszczerých DI (*deceptive indicated*), czyli reaguj cych tak, jak zwykle reaguj osoby odpowiadaj ce na pytania nieszczerze, szczerých NDI (*no deceptive indicated*) czyli reaguj cych tak, jak zwykle reaguj osoby odpowiadaj ce na pytania szczerze, lub do zbioru przypadków nierozstrzygni tych IC (*inconclusive*), czyli reaguj cych w taki sposób, e nie mo na ich przypisa ani do zbioru DI, ani NDI³². Natomiast je eli przeprowadzone zostaj testy typu POT, to do zbioru nieszczerých zaliczamy badanych rozpoznaj cych detale dotycz ce zdarzenia, a do grupy szczerých tych badanych, którzy szczegółów zdarzenia, o które s pytania, nie s w stanie rozpozna ³³.

Analiza sprawozda w sprawach, których dotycz przedstawione wy ej wnioski, pozwala na podsumowanie, i wydawane opinie maj w wi kszo ci charakter prawdopodobny, a tym samym nie przedstawia j jakiegokolwiek warto ci poznawczej w wietle zało enia, do czego słu wyniki bada poligraficznych. W analizowanych opiniach stosowane jest poj cie ladu emocjonalnego i pami ciowego, a wnioski formułowane w sposób ostro ny przy u yciu zwrotu „nie mo na wykluczy ” albo „mo e posiada wiedz ”, których zawieranie w opinii jest niedopuszczalne z uwagi na cel badania poligraficznego.

Kolejnym problemem jest dokonywanie przez s dy oceny bada poligraficznych w sposób nieprawidłowy i lakoniczny. wiadczy o tym chocia by ocena dowodu z bada poligraficznych wyra ona w uzasadnieniu wyroku do sprawy III K 24/12:

³² J. Widacki, *Badania poligraficzne w Polsce*, Kraków 2014, s. 219.

³³ *Ibidem*, s. 219-220.

[...] opinia jest jasna i spójna, a wnioski biegłego jednoznaczne, jeżeli badany wcześniej dopuścił się podobnych czynów, jego reakcje będą słabsze. Sąd podkreślił, iż opinia jednoznacznie wykazała istnienie u obu podejrzanych ładów emocjonalnych związanych z zabójstwem. Sąd, odnosząc się do dowodu z badań poligraficznych, podkreślił, iż dowód ten w procesie karnym ma wyłącznie charakter pomocniczy, nie może być dowodem przesądzającym, a w konsekwencji nie może samoistnie prowadzić do rozstrzygnięcia o odpowiedzialności karnej [...].

Innym równie istotnym problemem w toku postępowania karnego jest brak możliwości sprawdzenia poprawności wydawanych opinii poligraficznych w zakresie dokonanych przez biegłych ocen reakcji i prawidłowości przeprowadzonych badań poligraficznych, albowiem najczęściej do opinii nie są dołączane kopie zapisów poligraficznych. W analizowanych aktach jedynie w dwóch sprawach biegły dołączył do opinii kopie zapisów poligraficznych. Brak ten uniemożliwia innym biegłym powołanym w tej samej sprawie, w sytuacji ujawnienia się w opinii niepełności, niejasności czy sprzeczności, dokonania oceny prawidłowości przeprowadzonego badania.

Kolejnym problemem, z jakim spotykamy się w toku postępowania karnego w związku z badaniami poligraficznymi, jest brak regulacji dotyczących procedur certyfikacji biegłych. Na organie procesowym spoczywa obowiązek sprawdzenia, czy biegły z zakresu badań poligraficznych powołany do wydania opinii legitymuje się certyfikatem American Polygraph Association lub czy posiada rekomendację udzieloną przez Polskie Towarzystwo Badań Poligraficznych albo Polskie Stowarzyszenie Poligraferów³⁴. Tylko pozytywna weryfikacja biegłego w tym zakresie pozwala na konkluzję, że posiada ona wiadomości specjalne w rozumieniu art. 193 k.p.k.

Analiza powyższych spraw pozwala na sformułowanie wniosków na temat instytucji biegłego w procesie karnym, które stanowią od dłuższego czasu problem w środowisku prawniczym. Sądy bardzo często przyjmują bowiem postawę nacechowaną nieograniczoną ufnością i gotowością przyjęcia z pełnym wiarą dowodu z opinii biegłego. Można dojść do wniosku, iż sądy w opiniach biegłego szukają swego oparcia dla rozstrzygnięcia niezależnie od ich jakości i nałożonych na organ obowiązków wynikających z art. 7 k.p.k. Do wiadczenia członków palestry pokazują jednoznacznie, iż skuteczne zakwestionowanie opinii biegłego w procesie karnym jest niełatwym zadaniem. Porównywanie tej czynności do zadania arcytrudnego często nie wynika z braku umiejętności obrońców, a wy-

³⁴ *Idem*, *Opinia z badań poligraficznych w procesie karnym*, „Palestra” 2017, nr 7-8, s. 8.

ł cznie postawy organów wymiaru sprawiedliwości, których satysfakcjonują opinie wykonane zgodnie z zasad WIELOBE sformułowan przez dra Jerzego Pobocho: „Byle kto, byle szybko, byle tanio!; a w zamian za co organy te otrzymują : byle co, wykonane byle jak!”³⁵

Niestety przeważają liczba polskich poligraferów stanowi osoby o niepotwierdzonych wiadomościach specjalnych. Miejsca cenionych fachowców zajmują eksperci z własnej nominacji, którzy ukończyli krótkie kursy komercyjne.

Do wymagań stawianych osobie powołanej w charakterze biegłego zaliczamy: posiadanie niekwestionowanej wiedzy i wysokich kwalifikacji zawodowych, zaufania publicznego, sumiennoci, bezstronności, wykazania wcz przez osobę pretendującą do roli biegłego s dowego, że daje ona racjonalne tego wykonywania obowiązki biegłego³⁶.

Obecnie zarówno instytucja biegłego s dowego, jak i jednostek specjalistycznych jest niedoregulowana, co rodzi problemy natury faktycznej i prawnej. Teoretycznie wpis na list biegłego s dowego jest poprzedzony procedurą weryfikacji umiejętności osoby kandydującej do roli biegłego, w praktyce przed wpisaniem na list nie przeprowadza się żadnych rozmów, nie sprawdza się kandydata. Wystarczające są dokumenty, które poświadczają kwalifikacje, stąd wpisanie na list biegłych s dowych nie gwarantuje, że wyda on opinię zgodnie z najwyższymi standardami nauki³⁷. Może również się zdarzyć, że organ procesowy powoła do opiniowania biegłego *ad hoc*, to jest osobę, która nie została wpisana na list biegłych s dowych, ale dysponuje odpowiednimi wiadomościami specjalnymi. To na organie procesowym spoczywa obowiązek oceny, czy powołany ekspert posiada wiadomości specjalne.

Niski poziom merytoryczny opinii nie przeszkadza sądom traktowania takiego dowodu w sposób szczególny, bardziej warto ciowy i wiarygodny niż inne dowody. Taki stan rodzi konieczność szkolenia przedstawicieli korporacji prawniczych, których wiedza połączona z doświadczeniem pozwoli w trakcie procesu pokazać perspektyw samych uczestników postępowania³⁸.

³⁵ Por. T. Widła, M. Leśniak, *Chytrze był z pany kmiecie...*, [w:] *Bezpieczeństwo - policja - kryminalistyka w poszukiwaniu wiedzy przydatnej w praktyce*, red. J. Czapka, A. Okrasa, Kraków 2015 s. 60.

³⁶ A. Pilch, *W kierunku efektywnej współpracy*, [w:] *Bezpieczeństwo - policja - kryminalistyka...*, *op. cit.*, s. 47.

³⁷ S. Walto, *Opinie biegłych - na ostrym grzbiecie w polskim procesie karnym*, [w:] *Bezpieczeństwo - policja - kryminalistyka...*, *op. cit.*, s. 33.

³⁸ B. Grabowska, A. Pietryka, M. Wolny, *Biegli s dowie w Polsce*, Warszawa 2014, s. 15.

Aby badanie poligraficzne przeprowadzone w toku postępowania karnego posiadało wartość, konieczne jest zrealizowane w sposób prawidłowy wszystkich jego etapów. Niestety problem z wykorzystywaniem badań poligraficznych na gruncie polskiego procesu karnego związany jest przede wszystkim z niskim poziomem wiedzy o tych badaniach w środowisku prawniczym i braku kompleksowej regulacji dotyczących biegłych sądowych. Skutkuje to niejednokrotnie wydawaniem opinii bezwartościowych dla procesu karnego, biorąc pod uwagę cel, jaki przy wiec badaniom poligraficznym.

Ewa Sałkiewicz-Munnerlyn

Odszkodowanie za ludobójstwo Ormian - możliwość

Odszkodowanie *ex gratia* lub odpowiedzialność za poważne naruszenie prawa międzynarodowego

Naprawienie szkód wyrządzonych przez ludobójstwo Ormian będzie bardzo trudne do wyegzekwowania od Turcji. Są możliwe dwa sposoby.

- a) Pierwszy: odszkodowanie będzie udzielone przez Turcję *ex gratia* (bez przyznania się do winy, ale aby pomóc ofiarom lub ich spadkobiercom dzisiaj). Mogłoby to być kwota materialnej poniesionej szkody lub zadośćuczynienie za ból i cierpienie, np. wzniesienie pomnika ku czci ofiar. W celu zapewnienia rekompensaty *ex gratia* przez Turcję konieczna jest silna presja ze strony społeczności międzynarodowej lub innych państw. Jest to jedyna czysto polityczna możliwość. Nie jest to, co jest realne do spełnienia dzisiaj.
- b) Drugi: uzyskanie uznania, że Imperium Osmańskie popełniło bardzo poważne naruszenie prawa międzynarodowego (ludobójstwo), które jest jednym z tak zwanych przestępstw międzynarodowych państw, za które Turcja jest odpowiedzialna, albo dlatego że jest ona taka sama jak Imperium Osmańskie, albo dlatego że jest państwem, które jest jego sukcesorem. Aby stwierdzić, że Turcja jest prawnie zobowiązana do udzielenia odpowiedzi za ludobójstwo Ormian, a na-

st pnie dostarczy zado uczynienia, mo na podj dwie cie ki:
dyplomatyczn lub w procesie s dowym.

Droga dyplomatyczna

Poniewa ludobójstwo jest bardzo powa nym przest pstwem, które narusza podstawow zasad społeczno ci mi dzynarodowej (standard, który wielu nazywa norm imperatywn), to jest przest pstwo *erga omnes*, czyli przest pstwo, które narusza prawa wszystkich pa stw i upowa nia ich wszystkich do szukania sposobu zako czenia przest pstwa i rehabilitacji dla ofiar (lub ich spadkobierców). W tym przypadku chodzi głównie o odszkodowanie dla spadkobierców. Je li pa stwo nie zdoła wykaza , e Imperium Osma skie dopu ciło si ludobójstwa, i e przepis, który zakazuje popełnienia ludobójstwa, działa wstecz, a Turcja musi mu podlega jako autor ludobójstwa (byłaby zatem tym samym co Imperium Osma skie) lub jako jego sukcesor, wtedy ka de pa stwo członkowskie wspólnoty mi dzynarodowej - a w szczególno ci w sposób bardziej bezpo redni pa stwo, w stosunku do którego popełniono ludobójstwo (Armenia) - mo e za da odszkodowania od Turcji (na korzy Ormian), a je li Turcja nie przewiduje odszkodowania, pa stwo to mo e (według cz ci badaczy prawa mi dzynarodowego) podj odpowiednie rodki przeciw niemu.

Podj cie drogi dyplomatycznej nie jest łatwe, poniewa jest bardzo w tpliwe, e jedno lub wi cej pa stw członkowskich (Armenia osobno) byłoby gotowe do rozpocz cia sporu dyplomatycznego z Turcją w tej sprawie, a tak e nie jest pewne, e te pa stwa maj prawo do podj - cia rodków zaradczych, w przypadku, kiedy Turcja nie naprawi szkody, o co zostałaby poproszona.

Proces s dowy na szczeblu mi dzynarodowym lub zło enie sprawy do trybunału mi dzynarodowego

Cho Konwencja ONZ w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa (przyj ta dnia 9 grudnia 1948 roku, a wprowadzona w ycie 12 stycznia 1951 roku - dalej jako Konwencja o ludobójstwie) nie została powszechnie ratyfikowana, zakaz ludobójstwa musi zosta uznany za *ius cogens*. Obecnie 147 pa stw członkowskich ONZ ratyfikowało konwencj . Ponadto, jak to uznał Mi dzynarodowy Trybunał Sprawiedliwo ci (dalej - Trybunał) w sprawie *Barcelona Traction Case* (druga faza), istnieje rozgraniczenie pomi dzy zobowi zaniami pa stwa wynikaj -

cych *vis-à-vis* innego pa stwa i zobowi zaniami *erga omnes*, czyli wobec społeczno ci mi dzynarodowej jako cało ci. Trybunał stwierdził: „Ze swej natury, delegalizacja ludobójstwa, agresji, niewolnictwa i dyskryminacji rasowej s przedmiotem troski wszystkich pa stw Ze wzgl du na znaczenie ich praw, mo na uzna , e wszystkie pa stwa maj interes prawny w ich ochronie, s to zobowi zania *erga omnes*”¹.

To wła nie ze wzgl du na jego jako *erga omnes* zbrodnia ludobójstwa nie podlega przedawnieniu i odpowiedzialno pa stwa za to przestpstwo oznacza, e obowi zkiem pa stwa popełniaj cego ludobójstwo jest naprawienie szkody, i ten obowi zek nie wygasa z upływem czasu. Jest to niezale ne od okre lenia, czy Konwencja o ludobójstwie ma zastosowanie retroaktywnie do Holocaustu albo do ludobójstwa Ormian.

Kiedy ONZ zredagowało Konwencj o niestosowaniu przedawnienia wobec zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzko ci (przyj tej 26 listopada 1968 roku, a wprowadzonej w ycie 11 listopada 1970), wyra nie i jasno wypowiedziała si co do jej stosowania z moc wstecz n . W art. 1 okre lono: „Nie stosuje si ograniczenia czasowego do nast puj cych przest pstw, niezale nie od daty ich popełnienia [...] zbrodnia ludobójstwa, jak okre lono w Konwencji z 1948 r.” Zasada *nullum crimen sine lege* i *nulla poena sine lege praevia* (nie ma przest pstwa bez prawa oraz nie ma kary bez wcze niejszego prawa), okre lona w art. 15 ust. 1 Mi dzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 r. jest przedstawiona w nast puj cy sposób w § 2: „Nic w tym artykule nie stanowi przeszkody w s dzeniu i karaniu osoby za działanie lub zaniechanie, które w czasie jego popełnienia stanowiły czyn zagro ony kar według ogólnych zasad prawa uznanych przez wspólnot narodów”.

Podobnie art. 11 ust. 2 Powszechnej deklaracji praw człowieka z dnia 10 grudnia 1948 roku stanowi, e zakaz *ex post facto* sankcji karnych nie stosuje si , je eli przest pstwo to było przest pstwem według prawa krajowego lub mi dzynarodowego. W tym kontek cie istotne jest, aby przypomnie sobie podwójne cele Konwencji o ludobójstwie, a mianowicie zapobieganie i ukaranie za zbrodni ludobójstwa. W celu zapobie enia ludobójstwa wa ne jest, aby zniech ci przyszłych przest pców przez ukaranie wcze niejszych przest pców. Chocia Turcja nie jest stron Konwencji w sprawie niestosowaniu przedawnienia wobec zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzko ci, stanowisko prawa mi dzynarodowego jest jasne w tej sprawie: nie ma przedawnienia na ciganie zbrodni

¹ I.C.J. Reports, 1970, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (*Belgium v. Spain*) (1962-1970), Second Phase, Judgment, I.C.J Reports 1970, paras. 33-34, www.icj-cij.org/icjwww/idecisions.htm.

ludobójstwa, niezależnie od tego, kiedy doszło do ludobójstwa, a obowiązki odpowiedzialnego państwa do restytucji lub zapłaty odszkodowania za własno uzyskan w związku z ludobójstwem nie wygasają z upływem czasu². W wyroku z dnia 6 października 1983 roku w sprawie *Klaus Barbie* francuski Cour de Cassation odrzucił zastrzeżenia jurysdykcyjne obrońcy i stwierdził, że zakaz ograniczenia czasowych za zbrodnie przeciwko ludzkości jest obecnie częścią zwyczajowego prawa międzynarodowego³. Francja uchwaliła także ustawę w dniu 26 grudnia 1964 roku dotyczącą zbrodni przeciwko ludzkości jako nieulegających przedawnieniu z natury (Nowy kodeks karny z 1994 roku, art. 211-1 do 213-5)⁴.

Jak wiadomo, w prawie międzynarodowym nie ma obowiązku jurysdykcji. Aby państwa mogły być pozywane przed trybunałem międzynarodowym, muszą zgodzić się na to, albo przed, albo po powstaniu sporu. Pierwszym możliwym jest, że Turcja zawrze z innym państwem porozumienie *ad hoc*, aby zgłosić sprawę do Trybunału lub do innego międzynarodowego organu z pytaniem, czy było lub nie ludobójstwo, a jeśli tak, Turcja musi odpowiedzieć. Jest bardzo prawdopodobne, że Turcja nie będzie przekonana do zawarcia takiej umowy. Drugą możliwością jest taka, że Turcja w przeszłości zgodziła się złożyć do sądu (Trybunału lub innych sądów) wszelkie przyszłe spory z innym państwem. Gdyby Turcja podpisała klauzulę obowiązku jurysdykcji Trybunału (tzw. opcjonalną klauzulę), która uznaje kompetencje Trybunału, aby rozstrzygać przyszłe spory z państwem, które podpisało taką samą klauzulę, byłoby to możliwe. Ale Turcja tak nie zrobiła i nie może stosować tej klauzuli. Ale jest możliwe, że Turcja jest stroną umowy o ludobójstwo lub poważnych pogwałceniach praw człowieka, która zawiera klauzulę na podstawie której państwa członkowskie zobowiązują się przedstawić Trybunałowi każdy powstały w przyszłości spór dotyczący tej umowy. I być może tutaj jest szansa dla Armenii lub innego państwa strony Konwencji o ludobójstwie, aby wnieść sprawę przeciwko Turcji. Turcja jest stroną Konwencji o ludobójstwie, tak jak Armenia i wiele innych państw. Ale należy sprawdzić: 1) czy były zastrzeżenia ze strony

² General Assembly Resolutions: 2538 (XXIV) of 15 December 1968; 2583 (XXIV) of 15 December 1969; 2712 (XXV) of 15 December 1970; 2840 (XXVI) of 18 December 1971; 3029 (XXVII) of 18 December 1972; 3074 (XXVIII) of 3 December 1973, etc.

³ *Fédération nationale des déportés et internés et patriots et al. v. Barbie*, 78 International Law Reports 125, s. 135. Zob. N.R. Doman, *Aftermath of Nuremberg. The Trial of Klaus Barbie*, „60 Colorado Law Review” 1989, Vol. 449.

⁴ J. Francillon, *Aspects juridiques des crimes contre l'humanité*, [w:] *L'Actualité du Génocide des Arméniens*, Créteil 1999, s. 397-404, 398.

Turcji do klauzuli przewiduj cej obowi zkow jurysdykcji Trybunału, a je li były, czy mog by uznane na niewa ne, 2) je li Armenia lub inne pa stwo, które wyst puje przeciwko Turcji, przyj ło jurysdykcji Trybunału bez zastrze e , 3) je li Armenia wyst pi przeciw Turcji, jak wyja ni fakt, e w momencie, kiedy popełniono ludobójstwo, Armenia nie istniała, 4) przyjmuj c e do kompetencji Trybunału nale y rozstrzygni cie sporu, Armenia (lub inne pa stwo) b dzie musiała udowodni , e popełniono ludobójstwo, e prawo, które ma do niego zastosowanie, mo na stosowa retroaktywnie, e Turcja jest sukcesorem Imperium Osma skiego (pa stwa, które istniało w 1915 roku w momencie popełnienia ludobójstwa) lub kto jest sukcesorem, który byłby odpowiedzialny za czyny popełnione przez poprzednika.

Jako cz procesu s dowego istnieje inna mo liwo : poprosi o opini doradcz Trybunał, z zapytaniem, czy zabijanie, przemoc itp. wobec Ormian stanowi ludobójstwo (lub co najmniej powa ne naruszenie prawa mi dzynarodowego, naruszenie zobowi za *ius cogens*), czy Turcja powinna za to odpowiada i co byłoby odpowiedni form za do uczynienia. Opinia Trybunału nie byłaby wi ca, ale miałyby silny wyd wi k polityczny. Pa stwo nie mo e za da opinii od Trybunału, ale tylko organy ONZ lub wyspecjalizowana agenda ONZ. W naszym przypadku tylko ONZ, tzn. Rada Bezpiecze stwa lub Zgromadzenie Ogólne ONZ, mo e poprosi o opini Trybunał zwykł wi kszoci : pół plus jeden z uczestnicz cych w głosowaniu. Jest to prosty sposób, nie całkowicie nierealny. Poniewa zarówno Turcja (31 lipca 1950 roku), jak i Armenia (23 czerwca 1993 roku) s pa stwami-stronami Konwencji o ludobójstwie, byłoby mo liwe, aby powoła si na artykuł VIII, który przewiduje, e ka da z umawiaj cych si stron mo e zwróci si do wła ciwych organów ONZ o podj cie takich działań , jakie uzna za stosowne dla zahamowania ludobójstwa. Tak samo konieczne jest, aby zahamowa , o ile jest to mo liwe, jego nast pstwa. Obejmuje to, oprócz ukarania winnych, zapewnienie restytucji i odszkodowania dla ocalałych pokole . Armenia mo e równie powoła si na art. IX Konwencji o ludobójstwie, który przewiduje:

Spory pomi dzy Umawiaj cymi si Stronami co do interpretacji, zastosowania lub wykonania niniejszej konwencji, ł cznie z tymi odnosz cymi si do odpowiedzialno ci pa stwa za ludobójstwo lub inne czyny wymienione w Artykule III, s przedkładane do Mi dzynarodowego Trybunału Sprawiedliwo ci na wniosek którejkolwiek ze Stron sporu.

Wydanie opinii doradczej Trybunału mo e równie przyczyni si do ogólnego uznania prawa do prawdy jako prawa człowieka, nieroz-

rwalnie zwi zanego z ludzk godno ci , i prawa ka dego do jego lub jej kultury i to samo ci⁵.

Inn wa n opini Trybunału zwi zan z ludobójstwem jest opinia doradcza na temat Konwencji o ludobójstwie⁶. W listopadzie 1950 roku Zgromadzenie Ogólne ONZ zwróciło si do Trybunału o wydanie opinii doradczej w sprawie pewnych zagadnie dotycz cych zastrze e do Konwencji o ludobójstwie. Trybunał stwierdził, e strony Konwencji o ludobójstwie mogły dokona zastrze e , ale nie wszystkich rodzajów zastrze e . Trybunał uznał ponadto, e zasady le ce u podstaw Konwencji o ludobójstwie s zasadami uznanymi przez narody cywilizowane jako wi ce dla pa stw, nawet bez obowi zku wynikaj cego z umowy⁷. Jak stwierdził prof. Alfred-Maurice de Zayas:

Ustalenie zbrodni ludobójstwa przez Mi dzynarodowy Trybunał ułatwiłoby rozliczenie roszcze o zwrot, w tym identyfikacj mienia kultury i innego mienia skonfiskowanego i/lub zniszczonego, takiego jak ko cioły, klasztory i inne aktywy historyczne i kultury o znaczeniu dla narodu ormia skiego, które powinny zosta zwrócone do ich prawnych włacicieli, ludno ci Armenii i ormia - skiego Ko cioła⁸.

Najnowsze mi dzynarodowe oskar enia w odniesieniu do zbrodni ludobójstwa zostały przeprowadzone przez Mi dzynarodowy Trybunał Karny dla Rwandy i Mi dzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii. Oskar enia wobec Radovana Karadzicia i Ratko Mladicia obci ały nie tylko oskar onych o zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzko ci, lecz tak e o ludobójstwo. W wyroku w sprawie *Generał Radislav Krsti* Trybunał uznał, e ludobójstwo zostało popełnione w zwi zku z masakr w Srebrenicy (*Prokurator v. Krsti* , IT-98-33-T, wyrok z dnia 2 sierpnia 2001 roku).

W wyroku *Bo nia i Hercegowina v. Serbia* (sprawa 91, wyrok z dnia 26 lutego 2007 roku), Trybunał potwierdził, e w Srebrenicy doszło do ludobójstwa. Zgadzam si z prof. Zayasem, e:

Je li pojedyncza masakra wypłnia kryterium z artykułu 2 Konwencji o ludobójstwie, z pewno ci wiele tureckich masakr na ludno ci ormia skiej przed

⁵ United Nations Commission on Human Rights, *Th e Right to Truth*, 20 April 2005, UN Doc. E/CN.4/2005/66. Zob. Y. Naqvi, *Th e Right to the Truth in International Law. Fact or Fiction?*, „*International Review of the Red Cross*” 2006, Vol. 88, s. 245-273.

⁶ I.C.J. Reports 1951 (Advisory Opinion on the Genocide Convention).

⁷ *Ibidem*, par. 23.

⁸ A.-M. de Zayas, *The Genocide against the Armenians 1915-1923 and the Relevance of the 1948 Genocide Convention*, Beirut 2010, s. 93.

i podczas pierwszej wojny wiatowej zostałaby uznana za ludobójstwo. Ale znacznie bardziej ni poszczególne masakry, była to polityka wykluczenia, deportacji i eksterminacji, które stanowiły zbrodni ludobójstwa Ormian⁹.

Ponadto Zgromadzenie Ogólne ONZ w rezolucji nr 47/121 z dnia 18 grudnia 1992 roku ogłosiło, e serbska polityka czystek etnicznych stanowi form ludobójstwa. Rezolucja ta została potwierdzona w rezolucjach GA 48/143, 49/205, 50/192, 51/115 itd. Tak wi c poj cie ludobójstwa, jak obecnie jest interpretowane i rozumiane przez Trybunał oraz przez Zgromadzenie Ogólne ONZ, ma wyra nie zastosowanie w kontek cie ormia skiego ludobójstwa w latach 1915-1923.

Oczywi cie istnieje ró nica warto ci prawnej wyroku Trybunału lub rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ, ale to pokazuje, e wa ne organy ONZ wyraziły swoj opini na ten temat.

Wa ne jest równie , aby przytoczy art. 10 deklaracji Al-Khasawneh o nielegalno ci przymusowych transferów ludno ci (1997):

W przypadku gdy akty lub zaniechania niedozwolone w niniejszej Deklaracji zostały popełnione, społeczno mi dzynarodowa jako cało i poszczególne pa stwa, maj obowi zek: (a) nie uzna za legaln sytuacj powstał w wyniku takich działa ; (b) w toku sytuacji, zapewni natychmiastowe zaprzestania czynu i odwróci szkodliwe konsekwencje, (c) nie pomaga lub wspiera finansowo lub inaczej Pa stwo, b d ce sprawc lub popełniaj ce taki czyn i w utrzymaniu lub wzmocnieniu sytuacji wytworzonej przez taki czyn¹⁰.

Po raz kolejny zgadzam si z prof. Zayasem, e:

w tym celu powinien zosta powołany Mi dzynarodowy Fundusz, który mógłby by administrowany przez Biuro Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw Praw Człowieka, które ma du e do wiadczenie w administracji funduszy dla ofiar łamania praw człowieka¹¹.

⁹ *Ibidem*, s. 94.

¹⁰ E/CN.4/Sub.2/1997/23, Annex II, art. 41 of the Report of the International Law Commission on *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, adopted in 2001, which provides in paragraph 2: „No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation”. The Commission's report and commentary are reproduced in the annex to General Assembly resolution 56/83 of 12 December 2001 A/56/49 (Vol. I). Zob. tak e: S. Talmon, *The Duty not to Recognize as Lawful' a Situation Created by the Illegal Use of Force or other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation. An Obligation without Real Substance?*, [w:] *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, eds J.M. Thouvenin, Ch. Tomuschat, Leiden 2006, s. 99-125.

¹¹ A.-M. de Zayas, *The Genocide...*, *op. cit.*, s. 96.

Proces s dowy krajowy lub s d krajowy w pa stwie trzecim

Chocia wiele dyskutowano na ten temat, obecnie jest mo liwe pozywanie osób fizycznych lub prawnych (stowarzysze i organizacji) przed s dami krajowymi obcego pa stwa, które popełniło bardzo powa ne przest pstwo (niektórzy mówi o naruszeniu reguł *ius cogens*, innych przest pstwach mi dzynarodowych naruszaj cych normy *ius cogens*). Normalnie nie wolno pozywa przed s d pa stwa A, pa stwa B, działaj c *iure imperii*; sprzeciwia si temu zasada immunitetu pa stw obcych. Jednak według niektórych komentatorów i według niektórych s dów krajowych w przypadkach szczególnie powa nych czynów niedozwolonych, takich jak ludobójstwo, pa stwo zagraniczne straciłoby prawo do immunitetu od jurysdykcji. Niestety Trybunał w niedawnej sprawie (*Włochy v. Niemcy*, 2012) zaj ł odmienn pozycj i potwierdził, e w tej sprawie pa stwo zagraniczne mo e powoła si na immunitet. Nie wszystkie s dy krajowe zastosowały si do powy szej reguły. Niektóre, jak Włochy, wci wierz , e mo emy zacytowa jedno ró dło pa stwa obcego w s dzie krajowym, je eli pa stwo to jest oskar one jako b d - ce autorem mi dzynarodowej zbrodni. Sposób apelacji przeciwko Turcji przed krajowym s dem innego pa stwa mo e by osi gni ty przez dobry wybór pa stwa, w którym to si odb dzie (musi by pa stwem, które ma zwi zek z faktami dokonanymi), ale w tym przypadku jest to wyj cie, które nie ma wiele nadziei na sukces.

Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w zakresie restytucji mienia

S d po wysłuchaniu rosn cej liczby spraw od momentu przej cia od komunizmu do demokracji w Europie Wschodniej wyja nia, e spadkobiercy arme scy i/lub ich krewni mogliby domaga si odszkodowania lub zado uczynienia tylko wtedy, gdy pa stwo tureckie stworzyłoby podstaw prawn pozwalaj c im na to. Jak ETPCz orzekł:

Dla roszczenia, aby mogło by uznane za aktywa [...] wnioskodawca musi wykaza , e posiada wystarczaj c podstaw w prawie krajowym, na przykład tam, gdzie jest zgodnie z utrwalonym orzecznictwem s dów krajowych, które to potwierdzaj , lub je li istnieje prawomocny wyrok s du na korzy powoda¹².

¹² Zob. *Draon v. France* [GC], No. 1513/03, § 68, 6 October 2005, ECHR 2005-IX; oraz *Burdov v. Russia*, No. 59498/00, § 40, ECHR 2002-III.

Ormia skie roszczenia, innymi słowy, mog by realizowane jedynie przez przyj cie wi cego aktu prawnego przez Turcj i/lub w drodze procesów s dowych przed s dami tureckimi. William Schabas, wpływo- wy znawca prawa mi dzynarodowego, uznaje podobnie, e:

Co do zasady, b d to obywatele pa stwa popełniaj cego zbrodni , którzy b d ofiarami ludobójstwa. Na przykład, nikt tylko Turcja mo e powoła si na pra- wo mi dzynarodowe przed Mi dzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwo ci w celu skorzystania z prawa do odszkodowania za ludobójstwo Ormian, co jest mało prawdopodobne, e tak zrobi. Oczywi cie to nie wyklucza prawa pa stw do oferowania jakiej ulgi dla swoich własnych obywateli, którzy byli ofiarami ludobójstwa. Niemcy, jako przedmiot polityki krajowej, w dalszym ci gu za- pewniaj odszkodowania dla ydów ocalałych z Holocaustu.

Barbara Staśdo-Kawecka

Dozór elektroniczny w wymiarze sprawiedliwości - wybrane problemy etyczne i praktyczne

Nowe technologie i masowe nadzorowanie sprawców przestępstw

Upadek ideologii resocjalizacji w latach 80. XX w. zapoczątkował daleko idące zmiany polityki kryminalnej w Stanach Zjednoczonych, a w ograniczonym stopniu także w krajach zachodnioeuropejskich. Choć nasilenie i charakter zmian w poszczególnych krajach różniły się od siebie, to pewne tendencje pozostawały wspólne. Jedną z takich tendencji obserwowanych w krajach zachodnich w dwóch ostatnich dekadach XX w. był punitivny zwrot w polityce kryminalnej, który przyniósł z sobą m.in. wydłużenie orzekanych i faktycznie wykonywanych kar pozbawienia wolności. Uwaga kryminologów przyciągała wówczas gwałtowny wzrost liczby osób pozbawionych wolności w Stanach Zjednoczonych¹,

¹ Od lat 70. XX w. populacja więzienna rosła we wszystkich stanach, ale w różnych stanach tempo tego wzrostu było odmienne; przy analizie polityki kryminalnej w Stanach Zjednoczonych należy pamiętać o wyraźnych różnicach pomiędzy stanami czy grupami stanów; por. M. Gottschalk, *The Carceral State and the Politics of Punishment*, [w:] *The Sage Handbook of Punishment and Society*, eds J. Simon, R. Sparks, Los Angeles-London-New Delhi-Singapore-Washington 2013, s. 206 i nast.

szeroko opisywany w literaturze naukowej jako „eksperyment masowego uwięzienia”². W latach 80. rosnąca populacja więźniów na było obserwowana także w większości krajów Europy Zachodniej, przy czym w żadnym z nich tempo wzrostu nie było tak dramatyczne jak w Stanach Zjednoczonych³.

Obecnie w analizach polityki kryminalnej wskazuje się na to, że w cieniu szeroko dyskutowanego w literaturze naukowej zjawiska masowego uwięzienia od dłuższego czasu rozwija się masowe nadzorowanie przestępców w warunkach wolnościowych. Zarówno w Stanach Zjednoczonych, jak i w Europie w ostatnich dekadach zwikszała się liczba sprawców, wobec których stosowano sankcje i środki polegające na pozostawieniu ich na wolności pod nadzorem organów probacyjnych lub innych podmiotów, a ponadto wydłużeniu uległ czas pozostawiania pod nadzorem⁴. Do nadzorowania przestępców pozostających na wolności wykorzystuje się m.in. nowe technologie, które pozwalają na elektroniczne monitorowanie miejsca ich pobytu, trasy poruszania się i specyficznych zachowań, takich jak używanie alkoholu lub narkotyków⁵. Coraz szersze stosowanie elektronicznego monitorowania sprawców przestępstw wywołuje pytania dotyczące tego, jak racjonalnie i etycznie korzysta z możliwości, jakie daje postęp technologiczny, w wymiarze sprawiedliwości⁶. W tym opracowaniu przedstawione zostaną niektóre problemy związane z zakresem i skutkami stosowania dozoru elektronicznego.

² K.R. Reitz, *The American Experiment. Crime Reduction through Prison Growth*, „European Journal on Criminal Policy and Research” 1996, Vol. 4, No. 3, s. 74 i nast.

³ P. Tournier, *The Custodial Crisis in Europe. Inflated Prison Populations and Possible Alternatives*, „European Journal on Criminal Policy and Research” 1994, Vol. 2, No. 4, s. 89 i nast.

⁴ M.S. Phelps, *Mass Probation. Toward a More Robust Theory of State Variation in Punishment*, „Punishment & Society” 2017, Vol. 19, No. 1, s. 55 i nast.; F. McNeill, K. Beyens, *Introduction. Studying Mass Supervision*, [w:] *Offender Supervision in Europe*, eds F. McNeill, K. Beyens, Basingstoke 2013, s. 1 i nast.

⁵ J.M. Byrne, *New Directions in Community Supervision. Should we Target High Risk Offenders, High Risk Times, and High Risk Locations?*, „European Journal of Probation” 2012, Vol. 4, No. 2, s. 91.

⁶ M. Nellis, *Electronic Monitoring and Penal Reform. Constructive Resistance in the Age of „Coercive Connectedness”*, „British Journal of Community Justice” 2016, Vol. 14, No. 1, s. 113 i nast.

Wprowadzanie dozoru elektronicznego do systemu sankcji karnych - nadzieje i obawy

Dozór elektroniczny wobec sprawców przestępstw po raz pierwszy zastosowano w Stanach Zjednoczonych. Próby obejmowania przestępców dozorem elektronicznym podejmowano tam od połowy lat 80. Wprowadzeniu dozoru elektronicznego do wymiaru sprawiedliwości sprzyjało to, że monitorowania przestępców za pomocą technologii elektronicznych pojawiła się w okresie intensywnego poszukiwania „kar pośrednich” (*intermediate penalties*). Wkrótce po odrzuceniu resocjalizacyjnego modelu karania prace legislacyjne i zmiany w praktyce stosowania prawa zaczęły koncentrować się wokół surowego reagowania na przestępstwa, odstraszania potencjalnych sprawców i uniemożliwiania przestępstw popełnienia kolejnych przestępstw przez wydłużenie orzekanych i faktycznie wykonywanych kar pozbawienia wolności. Postępujący wzrost liczby osób pozbawionych wolności w amerykańskich więzieniach stanowych i federalnych (*prisons*) oraz lokalnych aresztach (*jails*) powodował jednak konieczność nieustannego zwiększania nakładów na więziennictwo, a to stawało się poważnym obciążeniem dla budżetów⁷.

Alternatywą dla kary pozbawienia wolności była wówczas w Stanach Zjednoczonych probacja, która polegała na warunkowym pozostawieniu sprawcy przestępstwa na wolności pod dozorem kuratora. W okresie zaost్రzenia klimatu społecznego i politycznego wokół zwalczania i ograniczania przestępstwa tradycyjna probacja była jednak powszechnie krytykowana. Zarzucano jej nieskuteczność w ograniczaniu recydywy, a ponadto podnoszono, że była zbyt łagodną reakcją na przestępstwo, oznaczając w istocie bezkarność sprawcy. Kary pośrednie miały być usytuowane pomiędzy tradycyjną probacją a bezwzględną karą pozbawienia wolności. Zdaniem ich zwolenników powinny stanowić wiarygodną i odpowiednio dolegliwą alternatywą dla kary pozbawienia wolności, zapewnić większą kontrolę nad sprawcą pozostawionym na wolności, poprawić bezpieczeństwo społeczne przez zmniejszenie recydywy oraz ograniczyć koszty budowy i utrzymania więzień⁸.

⁷ R.D. King, *Prisons*, [w:] *The Handbook of Crime & Punishment*, ed. M. Tonry, New York-Oxford 1998, s. 589 i nast.; D.L. MacKenzie, *Corrections and Sentencing in the 21st Century. Evidence-based Corrections and Sentencing*, „The Prison Journal” 2001, Vol. 81, No. 3, s. 301 i nast.

⁸ A.J. Lurigio, J. Petersilia, *The Emergence of Intensive Probation Supervision Programs in the United States*, [w:] *Smart Sentencing. The Emergence of Intermediate Sanctions*, eds J.M. Byrne, A.J. Lurigio, J. Petersilia, Newbury Park-London-New Delhi 1992, s. 3 i nast.; M. Tonry, *Intermediate Sanctions*, [w:] *The Handbook of Crime & Punishment*, ed. M. Tonry, New York-Oxford 1998, s. 683 i nast.

Zwolennicy kar po rednich spore nadzieje wi zali z dozorem elektronicznym. W pierwszych latach jego wprowadzania w Stanach Zjednoczonych politycy i praktycy nierzadko widzieli w nim uniwersalny sposób rozwi zywania licznych problemów wymiaru sprawiedliwoci, takich jak przeludnienie wi zie , wysoka przest pczó powrotna czy du e nakłady na wi ziennictwo i probacj . Dla polityków dodatkow zalet elektronicznego monitorowania przest pców było to, e z uwagi na aspekt nowoci innowacyjnoci i powi zania z post pem technologicznym był on atrakcyjny dla opinii społecznej. Generalnie dozór elektroniczny wywołał zainteresowanie we wszystkich stanach, ale jego rozwój w poszczególnych stanach przebiegał odmiennie⁹. W niektórych z nich wprowadzono areszt domowy połączone z elektroniczn kontrol obecności podejrzanego w mieszkaniu jako alternatyw do tymczasowego aresztowania. W wielu stanach dozór elektroniczny stał si samodzielny kar po redni lub jednym z obowizków nakładanych na sprawców, którzy zostali skazani na intensywny dozór probacyjny albo opu cili zakład karny przed odbyciem do końca kary pozbawienia wolności¹⁰.

Cho wprowadzaniu dozoru elektronicznego w Stanach Zjednoczonych towarzyszyły du e nadzieje i wysokie poparcie polityków, opinii społecznej i praktyków wymiaru sprawiedliwoci, to nie brakowało także krytyków. Silna krytyka pod jego adresem formułowana była przez autorów koncepcji tzw. nowej penologii. Nowa penologia została scharakteryzowana na początku lat 90. przez Malcolma Feeleya i Jonathana Simona jako kierunek w polityce kryminalnej, który odchodzi od zindywidualizowanego traktowania sprawców przest pstw i zmierza do strategicznego zarządzania zagregowanymi grupami przest pców. Według nich nowa penologia stanowi nurt odhumanizowany, koncentrujący si na identyfikowaniu grup uznawanych za potencjalnie niebezpieczne w celu izolowania ich i kontrolowania odpowiednio do poziomu stwarzanego przez nie zagrożenia¹¹. Dozór elektroniczny w koncepcji nowej penologii jest narzędziem przestrzennego izolowania przest pców (*special exclusion*) w społeczno ci. Ujmowany łącznie z szeroko stosowanym pozbawieniem wolności w zakładach karnych służy do przestrzennego

⁹ W Stanach Zjednoczonych ustawodawstwo karne i funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwoci poza materi zastrzeżone dla władz federalnych należy do kompetencji władz stanowych.

¹⁰ M. Tonry, *Community Penalties in the United States*, [w:] *Community Sanctions and Measures in Europe and North America*, eds H.J. Albrecht, A. van Kalmthout, Freiburg-Breisgau 2002, s. 551 i nast.

¹¹ M.M. Feeley, J. Simon, *The New Penology. Notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Implications*, „Criminology” 1992, Vol. 30, No. 4, s. 449 i nast.

odseparowania jednostek uznanych za zagrożenie dla bezpieczeństwa społecznego¹².

W Europie Zachodniej wprowadzanie elektronicznego monitorowania sprawców przestępstw do krajowych systemów wymiaru sprawiedliwości rozpoczęło się kilka lat później niż w Stanach Zjednoczonych, tj. w latach 90. Czyniło ono na realizacji programów pilotażowych, które podlegały badaniom ewaluacyjnym¹³. Podobnie jak w Stanach Zjednoczonych także w Europie, oprócz zwolenników dozoru elektronicznego, były osoby i grupy nastawione krytycznie lub sceptycznie. Zwolennicy wskazywali na to, że elektroniczne monitorowanie sprawców przestępstw będzie miało istotne znaczenie dla zmniejszenia populacji więziennej oraz zwiększenia możliwości skutecznego kontrolowania przestępców w warunkach wolnościowych. Ich zdaniem dozór elektroniczny stanowił alternatywę dla bezwzględnej kary pozbawienia wolności, lepszą i bardziej opłacalną niż tradycyjne sankcje wolnościowe¹⁴. Sceptycy wyrażali obawy, że wprowadzenie dozoru elektronicznego spowoduje zjawisko rozszerzania sieci formalnej kontroli społecznej (*net-widening*), które polega na tym, że w praktyce nowe i bardziej ingerencyjne sankcje wolnościowe nie zastępują bezwzględnej kary pozbawienia wolności, ale są stosowane zamiast wcześniejszych sankcji wolnościowych¹⁵. Kolejne obawy dotyczyły odhumanizowania wykonywania sankcji wolnościowych w wyniku eliminacji lub ograniczania osobistych relacji skazanego z kuratorem na rzecz różnych form kontroli technicznej. Grupą zawodową, która przynajmniej w początkowej fazie wprowadzania dozoru elektronicznego w niektórych krajach przyjmowała wobec niego krytyczną postawę, byli kuratorzy¹⁶.

¹² J. Simon, *Punishment and the Political Technologies of the Body*, [w:] *The Sage Handbook of Punishment...*, op. cit., s. 77 i nast.

¹³ Szerzej: P. Moczydłowski, *Przestępca na uwięzi. Elektroniczny monitoring sprawców przestępstw*, Warszawa 2006, s. 47 i nast.; B. Staśdo-Kawecka, *Dozór elektroniczny w systemie sankcji karnych w wybranych krajach europejskich*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 5, s. 34 i nast.

¹⁴ M. Nellis, *Die elektronische Überwachung von Straftätern. Standards, ethische Grundlagen und Kriminalpolitik im digitalen Zeitalter*, [w:] *Elektronische Überwachung von Straffälligen im europäischen Vergleich - Bestandsaufnahme und Perspektiven*, Hrsg. F. Dünkel, C. Thiele, J. Treig, Mönchengladbach 2017, s. 277 i nast.

¹⁵ F. Dünkel, C. Thiele, J. Treig, *Bestandsaufnahme der elektronischen Überwachung in Deutschland*, [w:] *Elektronische Überwachung von Straffälligen...*, op. cit., s. 18 i nast.

¹⁶ S. Rex, *The Development and Use of Community Sanctions in England and Wales*, [w:] *Community Sanctions and Measures...*, op. cit., s. 169.

Pierwsze pilota owe programy dozoru elektronicznego w Europie miały miejsce w Anglii i Walii, Holandii i Szwecji¹⁷. W Anglii i Walii służyła probacyjna wyrażała powagę w stosunku do celowości stosowania dozoru elektronicznego w wymiarze sprawiedliwości. Angielscy kuratorzy identyfikowali się z misją pracy socjalnej i postrzegali siebie jako terapeutów psychospołecznych, którzy udzielają klientowi pomocy i wsparcia na podstawie wypracowanego z nim kontaktu. Ich zdaniem dozór elektroniczny był rodzajem zbyt ingerencyjnym, nadmiernie ograniczającym prawa i wolność osób dozorowanych. Początkowo służyła probacyjna w Anglii i Walii odmówiła zaangażowania się w wykonywanie dozoru elektronicznego, a to spowodowało podjęcie przez rząd decyzji o powierzeniu tego zadania prywatnym podmiotom¹⁸. Jednocześnie nie rząd uznał, że dozór elektroniczny może być stosowany jako samodzielna sankcja karna, oderwana od pomocowych aspektów pracy organów probacyjnych. Celem dozoru elektronicznego w tej formie było zwiększenie kontroli nad sprawcami przestępstwa i zwiększenie dostępności sankcji nieizolacyjnych, aby uwiarygodnić je w oczach opinii społecznej i sądownictwa. W wyniku tej strategii w Anglii i Walii stworzono system dozoru elektronicznego o największej pojemności w Europie, ale budowie tego systemu przez długi czas towarzyszył sprzeciw organów probacyjnych. Dopiero z biegiem czasu stało się jasne, że zaangażowanie kuratorów w wykonywanie dozoru elektronicznego jest niezbędne do tego, aby pomagać dozorowanym w rozwiązywaniu problemów i trudności życiowych, ponieważ personel podmiotu dozoru tego nie posiadał do tego odpowiednich kwalifikacji¹⁹.

W Szwecji rozwój dozoru elektronicznego od samego początku opierał się na innym modelu. Wprowadzanie elektronicznego monitorowania sprawców przestępstw nastąpiło we współpracy z organami probacyjnymi i miało na celu wspieranie zdolności skazanych do prowadzenia w przyszłości życia bez popełniania przestępstw. Obowiązek pozostawiania przez skazanego w określonych przedziałach czasowych w ciągu doby pod dozorem elektronicznym łączony był z tradycyjną działalnością probacyjną i uczestnictwem w programach korekcyjnych. Inaczej niż w Anglii i Walii podstawowym uzasadnieniem stosowania dozoru elektronicznego było przede wszystkim jego znaczenie dla wspierania integracji

¹⁷ F. Dünkel, C. Thiele, J. Treig, *Elektronische Überwachung von Straffälligen und Beschuldigten in Europa - Zusammenfassender Vergleich und Perspektiven für die Kriminalpolitik*, [w:] *Elektronische Überwachung von Straffälligen...*, op. cit., s. 476.

¹⁸ S. Rex, *The Development...*, op. cit., s. 168.

¹⁹ *Ibidem*; por. także: M. Nellis, *Die elektronische...*, op. cit., s. 278 i nast.

społecznej sprawcy i zmniejszenia recydywy, a nie uwiarygodnienie sankcji wolnościowych przez zwiększenie ich dolegliwości²⁰.

W wielu innych krajach europejskich wprowadzających dozór elektroniczny podano za wzorem Szwecji, próbując integrować elektroniczną kontrolę skazanego ze wsparciem organów probacyjnych. Nawet jeżeli początkowo służba probacyjna była przeciwna elektronicznemu monitorowaniu przestępców, jak miało to miejsce np. w Holandii, to była ona jednak angażowana w jego wykonywanie, ponieważ poza innymi funkcjami przypisywano mu także funkcje wspierania resocjalizacji i pomocy w integracji społecznej skazanych²¹.

Dokładna liczba sprawców przestępstw pozostających obecnie pod różnymi formami kontroli elektronicznej jest trudna do oszacowania ze względu na brak spójnych danych. Z dostępnych danych wynika, że elektroniczne monitorowanie przestępców stosowane jest w ok. 40 krajach i obejmuje ok. 250-300 tys. osób, w tym ok. 100 tys. w Stanach Zjednoczonych²². Jeżeli wziąć pod uwagę, że w ostatnich latach na świecie było ponad 10 mln osób pozbawionych wolności²³, w tym ponad 2,2 mln w Stanach Zjednoczonych²⁴, zakres stosowania dozoru elektronicznego wydaje się dość skromny. Do tego samego wniosku prowadzi porównanie liczby sprawców pozostających pod dozorem elektronicznym z ogólnymi liczbami osób nadzorowanych w warunkach wolnościowych w poszczególnych krajach. W Stanach Zjednoczonych w 2014 r. pod nadzorem w warunkach wolnościowych pozostawało ok. 4,7 mln skazanych na próbę i przedterminowo zwolnionych z więzień²⁵. Jeżeli chodzi o Europę, to według danych uzyskanych z 42 spośród 47 krajów członkowskich Rady Europy²⁶, w 2015 r. pod nadzorem organów probacyjnych było ponad 1,2 mln osób²⁷.

²⁰ A. Yngborn, *Szwecja*, [w:] *Elektronische Überwachung von Straffälligen...*, op. cit., s. 425 i nast.

²¹ M. Boone, M. van der Kooij, S. Rap, *Niderlandy*, [w:] *Elektronische Überwachung von Straffälligen...*, op. cit., s. 210.

²² M. Nellis, *Die elektronische...*, op. cit., s. 276.

²³ R. Walmsley, *World Prison Population List, eleventh edition*, dostęp na: www.prisonstudies.org [stan na: 30.09.2017].

²⁴ Bureau of Justice Statistics, *Key Statistics. Estimated Number of Persons under Correctional Supervision in the United States, 1980-2014* [tabela], dostęp na: www.bjs.gov [stan na: 30.09.2017].

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Brak było odpowiednich danych z pięciu krajów: Holandii, Islandii, Polski, Rosji i Ukrainy.

²⁷ M.F. Aebi, M.M. Tiago, Ch. Burkhardt, *Council of Europe Annual Penal Statistics SPACE I - Prison Populations Survey 2015. Final Report*, Strasbourg 2017, dostęp na: www.wp.unil.ch [stan na: 30.09.2017].

Cele i zakres stosowania dozoru elektronicznego w wybranych krajach europejskich

W poszczególnych krajach dozoru elektronicznego przypisuje się jednocześnie nie wiele celów, wśród których można wyróżnić cele praktyczne i penologiczne. Te pierwsze dotyczą rozwiązywania praktycznych problemów systemu wymiaru sprawiedliwości: ograniczenia rozmiarów populacji więziennej oraz zmniejszenia przeludnienia więzień i nakładów na więziennictwo. Cele penologiczne związane są z unikaniem szkodliwych skutków uwięzienia, wspieraniem pomyślnej integracji społecznej skazanych i redukcji recydywy. Pomimo tego, że od pierwszych eksperymentów z dozorem elektronicznym w Europie upłynęło ponad dwie dekady, wiedza na temat skutków jego stosowania jest do ograniczona. Do pewnego stopnia ten niedostatek wiedzy wypełniły wyniki badań przeprowadzonych w latach 2014-2016 w ramach projektu poświęconego stosowaniu dozoru elektronicznego w pięciu krajach Unii Europejskiej: Anglii i Walii, Belgii, Holandii, Niemczech i Szkocji²⁸.

Według stanu na dany dzień 2014 r. (Belgia i Holandia) lub 2015 r. (Anglia i Walia, Niemcy i Szkocja) największą liczbę osób dozorowanych elektronicznie było w Anglii i Walii (ponad 12,8 tys.²⁹). Relatywnie dużo sprawców pozostawało pod dozorem elektronicznym w Belgii (ok. 1,7 tys.) oraz Szkocji (ok. 800). W Holandii i Niemczech liczba dozorowanych elektronicznie była niewielka i wynosiła odpowiednio 367 i 113. W każdym z krajów objętych badaniami dozór elektroniczny stosowany był na różnych etapach postępowania karnego.

W Niemczech na poziomie federalnym pozostawienie sprawcy pod dozorem elektronicznym (technologii GPS) było obowiązkiem nakładanym w ramach nadzoru ochronnego (*Führungsaufsicht*). Nadzór ochronny jest rodzajem zabezpieczającym (*Maßregel der Besserung und Sicherung*), orzekanym wobec sprawców poważnych przestępstw o negatywnej prognozie po odbyciu całego wymierzonej kary pozbawienia wolności lub zakazaniu wykonywania izolacyjnego rodzaju zabezpieczającego³⁰. W praktyce dozór elektroniczny w tej formie orzekany był

²⁸ Informacje na temat projektu badawczego dotyczącego stosowania dozoru elektronicznego w krajach Unii Europejskiej (*The Use of Electronic Monitoring in EU Member States*) oraz raporty powstałe w toku jego realizacji dostępne są w internecie: emeu.leeds.ac.uk [stan na: 30.09.2017].

²⁹ W przypadku Anglii i Walii dane dotyczące liczby osób dozorowanych elektronicznie obejmowały także nieletnich; szerzej por. A. Hucklesby *et al.*, *Abschließen der Vergleich des EU-Projekts*, [w:] *Elektronische Überwachung von Straffälligen...*, *op. cit.*, s. 248.

³⁰ Szerzej por. F. Dünkler, C. Thiele, J. Treig, *Bestandsaufnahme...*, *op. cit.*, s. 13 i nast.

rzadko (od jego wprowadzenia w 2012 r. do maja 2016 r. zastosowano go wobec 136 sprawców) i z różnicami w poszczególnych landach³¹. Jeśli chodzi o stosowanie dozoru elektronicznego na poziomie poszczególnych landów, to funkcjonował on jedynie w Hesji. Elektroniczna kontrola przebywania sprawcy w wyznaczonym miejscu stanowiła tam alternatywę dla tymczasowego aresztowania. Ponadto dozór elektroniczny mógłby stosowany jako obowiązek nakładany na skazanych na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania lub warunkowo zwolnionych z reszty kary pozbawienia wolności oraz wobec skazanych odbywających karę pozbawienia wolności korzystających z przepustek w ramach przygotowania do zwolnienia. W praktyce liczba sprawców dozorowanych elektronicznie na podstawie rozwiazań wprowadzonych w Hesji była niewielka (na początku 2016 r. było to 48 osób) i wykazywała tendencję spadkową³².

W Holandii elektroniczne monitorowanie sprawców przestępstw mogło być stosowane na wszystkich etapach postępowania karnego, ale w praktyce ta możliwość wykorzystywana była w niewielkim zakresie, skoro ogólna liczba dozorowanych w połowie marca 2014 r. wynosiła 367. W ciągu całego 2015 r. dozór elektroniczny zastosowano wobec 2221 osób. W tej grupie co piąty sprawca (21%) pozostawał pod dozorem elektronicznym stosowanym jako alternatywa do tymczasowego aresztowania. Najwięcej sprawców dozorowanych elektronicznie (34%) stanowili skazani, którzy uczestniczyli w programach penitencjarnych przygotowujących ich do wcześniejszego zwolnienia z zakładu karnego. Relatywnie często (28%) dozór elektroniczny dotyczył skazanych korzystających z przepustek z zakładów karnych. W tym ostatnim przypadku do monitorowania elektronicznego wykorzystywano technologii GPS, a samo monitorowanie miało charakter czysto kontrolny, ponieważ w jego wykonywaniu nie uczestniczyły organy probacyjne. W pozostałej niewielkiej liczbie przypadków dozór elektroniczny stosowany był w ramach warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności czy wykonywania rodków zabezpieczających³³.

W Belgii dozór elektroniczny przez długi czas traktowany był jako alternatywa do odbycia całości lub części orzeczonej kary pozbawienia wolności w zakładzie karnym. W 2014 r. wprowadzono tam możliwość stosowania dozoru elektronicznego (technologii GPS) jako alternatywy do tymczasowego aresztowania, a w 2016 r. - jako samodzielnej sankcji orzekanej przez sąd. O ile początkowy okres stosowania dozoru elektro-

³¹ *Ibidem*, s. 14.

³² *Ibidem*, s. 16 i nast.

³³ M. Boone, M. van der Kooij, S. Rap, *Niederlande...*, *op. cit.*, s. 205 i nast.

nicznego charakteryzował się dążeniem do równoważenia celów praktycznych (zmniejszenia przeludnienia w zakładach karnych i kosztów wykonywania kar) ze wspieraniem integracji społecznej sprawców przestępstw, to w ostatnich latach można zauważyć tendencję do akcentowania tych pierwszych przy jednoczesnym ograniczaniu zaangażowania organów probacyjnych w jego wykonywanie³⁴.

W Anglii i Walii, w której od lat funkcjonuje rozbudowany system dozoru elektronicznego o dużej pojemności, mniej więcej co trzeci (31%), spośród blisko 12 tys. dorosłych dozorowanych elektronicznie w listopadzie 2015 r., był podejrzanym, wobec którego zastosowano ten rodzaj jako alternatywę do tymczasowego aresztowania (przy zwolnieniu za kaucję). W tym samym czasie połowa grupy dozorowanych elektronicznie stanowili skazani przez sąd na generyczną karę ograniczającą wolność skazanego (*community order*)³⁵ lub karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania (*suspended sentence*). W przypadku skazanych na te kary obowiązek pozostawania w określonym czasie w określonym miejscu lub zakaz wstępu do określonych miejsc monitorowany elektronicznie może być jedynym lub jednym z wielu ich komponentów (elementów treściowych). Liczba i rodzaj tych komponentów zgodnie z angielskim prawem karnym powinny być dostosowane do ciężaru popełnionego czynu i ryzyka powrotu sprawcy do przestępstwa³⁶.

Wśród dozorowanych elektronicznie byli także skazani na karę pozbawienia wolności do 4 lat, którzy odbyli już wymierzonej kary w zakładzie karnym i uzyskali zezwolenie na opuszczenie zakładu na kilka miesięcy poprzedzających warunkowe zwolnienie. Dozór elektroniczny w tej formie (*home detention curfew*) traktowany jest jak jeden z etapów stopniowego przechodzenia skazanych z zakładu karnego do życia na wolności, ale w ostatnich latach stosowany jest znacznie rzadziej niż poprzednio. Wśród powodów tego zjawiska wskazuje się wzrost liczby skazanych za przestępstwa seksualne i z użyciem przemocy, w przypadku których opuszczenie zakładu karnego na kilka miesięcy przed warunkowym zwolnieniem jest wykluczone. Innym powodem

³⁴ K. Beyens, M. Roosen, *Belgien*, [w:] *Elektronische Überwachung von Straffälligen...*, *op. cit.*, s. 153 i nast.

³⁵ Szerzej: por. B. Sta do-Kawecka, *Racjonalizacja kar wolnościowych i rola kuratora sądowego - uwagi na tle generycznej kary ograniczającej wolność skazanego w Polsce oraz w Anglii i Walii*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2016, nr 40, s. 51 i nast.

³⁶ A. Hucklesby, E. Holdsworth, *England und Wales*, [w:] *Elektronische Überwachung von Straffälligen...*, *op. cit.*, s. 179 i nast.

jest klimat społeczny i polityczny, który nie sprzyja decyzjom o wcześniejszym zwolnieniu skazanych i podejmowaniu ryzyka, a niektórzy z nich, nawet jeśli by dozorowani elektronicznie, mogą jednak popełnić na wolności kolejne przestępstwo³⁷. Jedynie nieliczna grupa skazanych o wysokim ryzyku recydywy, głównie sprawców przestępstw seksualnych, była dozorowana elektronicznie przy użyciu technologii GPS w ramach lokalnych eksperymentalnych programów, które dotyczyły także elektronicznego kontrolowania poziomu alkoholu w organizmie czy ochrony ofiary przed sprawcą przemocy³⁸.

Szkocja była jedynym krajem spośród tych objętych badaniami, w którym dozór elektroniczny nie był stosowany jako alternatywa do tymczasowego aresztowania. Poza tym zakres stosowania dozoru elektronicznego był zbliżony do tego funkcjonującego w Anglii. W grupie osób, wobec których orzeczono dozór elektroniczny w 2015 r., ok. 2/3 stanowili skazani przez sąd na karę wolnościowej (*restriction of liberty orders*). Sąd, który w wyroku orzekał o stosowaniu dozoru elektronicznego, z reguły orzekał także obowiązek przebywania przez skazanego w określonym miejscu w wyznaczonym czasie, natomiast wyjątkowo dozór elektroniczny łączony był z zakazem wstępu do określonych miejsc³⁹. Ponadto w Szkocji, podobnie jak w Anglii i Walii, dozór elektroniczny stosowany był wobec skazanych odbywających karę pozbawienia wolności do 4 lat w okresie bezpośrednio poprzedzającym warunkowe zwolnienie. Od kilku lat elektroniczne monitorowanie może być stosowane także w przypadku skazanych na kary przekraczające 4 lata pozbawienia wolności, którzy po odbyciu odpowiedniej części kary proponowani są do zwolnienia przez komisję ds. warunkowych zwolnień (*parole board*)⁴⁰.

Skutki stosowania dozoru elektronicznego

Wprowadzaniu dozoru elektronicznego do wymiaru sprawiedliwości towarzyszyły i nadal towarzyszą liczne dyskusje w literaturze naukowej, dotyczące różnych aspektów jego funkcjonowania. Pomimo wielu opracowań i projektów pilotażowych realizowanych w poszczególnych

³⁷ *Ibidem*, s. 184.

³⁸ *Ibidem*, s. 180 i nast.

³⁹ G. McIvor, H. Graham, *Scotland*, [w:] *Elektronische Überwachung von Straftätlern...*, *op. cit.*, s. 226 i nast.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 230 i nast.

krajach wiedza na temat praktycznych skutków stosowania dozoru elektronicznego jest ograniczona. Jednym z podstawowych celów przypisywanych dozorowi elektronicznemu w różnych krajach było zmniejszenie populacji więziennej, a w konsekwencji także przeludnienia więzień i kosztów ich budowy i utrzymania. Temu celowi praktycznemu często towarzyszył inny cel o charakterze penologicznym - ograniczenie stosowania kary pozbawienia wolności miało pozwolić na uniknięcie szkodliwych skutków więzienia, a tym samym wpłynąć na obniżenie poziomu recydywy. W świetle wyników badań przeprowadzonych w ramach wspomnianego wcześniej projektu odpowiedź na pytanie, czy stosowanie dozoru elektronicznego pozwoliło na osiągnięcie tych celów, nie jest prosta ani jednoznaczna.

Porównanie liczby osób dozorowanych elektronicznie ze współczynnikami więzienia na 100 tys. osób prowadzi do wniosku, że stosowanie elektronicznego monitorowania sprawców przestępstw ma miejsce w krajach o wysokiej wartości tego współczynnika. W 2015 r. współczynnik więzienia w Anglii i Walii wynosił 148, w Szkocji - 145, a w Belgii - 114. W tym samym czasie w Holandii i Niemczech było to odpowiednio 53 i 77 osób pozbawionych wolności w przeliczeniu na 100 tys. osób⁴¹. Analiza tych danych budzi wątpliwość, czy stosowanie dozoru elektronicznego ma istotny wpływ na zmniejszenie populacji więziennej. W Anglii i Walii populacja więzienna od lat utrzymuje się na wysokim poziomie w porównaniu do innych krajów Europy Zachodniej, pomimo że to właśnie w tym kraju funkcjonuje system dozoru elektronicznego o największej pojemności w Europie. Przy relatywnie dużej liczbie sprawców dozorowanych elektronicznie wysoki współczynnik więzienia utrzymuje się w Szkocji. W Belgii pomimo rozszerzenia zakresu stosowania dozoru elektronicznego populacja więzienna w ostatniej dekadzie wzrosła o 27%. Nie można jednak wykluczyć, że wzrost liczby dozorowanych elektronicznie miał pewien wpływ na spadek populacji więziennej obserwowany od 2014 r.⁴² W Niemczech, w których dozór elektroniczny stosowany jest raczej marginalnie, w latach 2005-2015 populacja więzienna zmniejszyła się o 19%.

Przykład Niemiec wskazuje na to, że możliwe jest prowadzenie redukcjonistycznej polityki kryminalnej bez uciekania się do szerokiego stosowania dozoru elektronicznego. Najbardziej spektakularny spadek liczby więzionych nastąpił w Holandii - z ponad 15 tys. w 2005 r. do ok. 9 tys. w 2015 r., tj. o 44%. Liczba sprawców dozorowanych elektro-

⁴¹ M.F. Aebi, M.M. Tiago, Ch. Burkhardt, *Council of Europe Annual*., *op. cit.*

⁴² K. Beyens, M. Roosen, *Belgien*., *op. cit.*, s. 164 i nast.

nicznie jest tam jednak niewielka, a do radykalnego zmniejszenia populacji więziennej przyczyniło się wiele różnych reform, w tym reformy dotyczące karania i wykonywania kar zgodnie z zasadami skutecznych interwencji korekcyjnych (*what works movement*)⁴³. Dozór elektroniczny, wbrew nadziejom wyrażanym niekiedy przez jego zwolenników, nie jest zatem żadnym cudownym rodzkiem w polityce kryminalnej. Jego wprowadzenie nie zapewnia znaczącego spadku liczby osób pozbawionych wolności, natomiast przynajmniej niektóre formy jego stosowania budzą obawy o rozszerzanie sieci formalnej kontroli społecznej.

Jeśli chodzi o wpływ dozoru elektronicznego na rozmiary przestępczości powrotnej, to jest to problem trudny do zbadania z uwagi na to, że względu na etyczne wykluczają eksperymentowanie w wymiarze sprawiedliwości polegające na losowym stosowaniu określonych sankcji karnych, aby określić ich skutki indywidualnoprewencyjne. Ograniczone i dostępne badania wskazują na to, że dozór elektroniczny ma pewne znaczenie dla powstrzymania sprawcy przed popełnieniem kolejnego przestępstwa w okresie, w którym jest on stosowany. Ten efekt tłumienia przestępczości w czasie stosowania dozoru elektronicznego może wynikać z przekonania osoby dozorowanej o zwiększonym prawdopodobieństwie wykrycia nowego przestępstwa⁴⁴. Przeprowadzone dotychczas badania nie potwierdzają jednak oczekiwań, i samo zwiększenie kontroli nad sprawcą przez objęcie go dozorem elektronicznym będzie na niego działało odstraszająco i skutecznie powstrzyma go od popełnienia kolejnych przestępstw tak w okresie dozoru elektronicznego.

Badania kanadyjskie wykazały, że z punktu widzenia redukcji recydywy po odbyciu kary skutecznie kar pozbawiających wolności w ramach dozoru elektronicznego monitorowania sprawcy z osobistymi kontaktami z kuratorem, wykonywaniem pracy na rzecz społecznie lokalnej, zatrudnieniem, uczestnictwem w programach leczenia odwykowego oraz innych programach resocjalizacyjnych⁴⁵. W tym wypadku trudno jednak wyizolować poszczególne czynniki (programy) i określić ich wpływ na poziom recydywy. Znaczenie osobistych kontaktów sprawcy nadzorowanego w warunkach wolnościowych z kuratorem potwierdza-

⁴³ M. Boone, *Community Punishment in the Netherlands. A History of Crises and Incidents*, [w:] *Community Punishment. European Perspectives*, eds G. Robinson, F. McNeill, London-New York 2016, s. 102 i nast.

⁴⁴ F. Dünkler, C. Thiele, J. Treig, *Elektronische...*, *op. cit.*, s. 522 i nast.

⁴⁵ J. Bonta, S. Wallace-Capretta, J. Rooney, *Can Electronic Monitoring Make a Difference? An Evaluation of Three Canadian Programs*, „Crime & Delinquency” 2000, Vol. 46, No. 1, s. 61 i nast.

j badania przeprowadzone w Anglii. Powrót do przestępstwa w świetle ich wyników był mniejszy, jeżeli dozór sprawowany był przez kuratorów o większych kwalifikacjach, charakteryzujących się umiejętnością motywowania dozorowanych do współpracy przy rozwiązywaniu ich problemów⁴⁶.

Podsumowanie

Praktyczne i penologiczne cele dozoru elektronicznego są ze sobą przynajmniej częściowo powiązane, ponieważ rozmiary przestępczości powrotnej po zakończeniu okresu dozoru nie pozostają bez wpływu na wielkość populacji więziennej. Przeprowadzone dotychczas badania nie dostarczały dowodów na to, by samo zwiększenie kontroli nad sprawcami przez objęcie go dozorem elektronicznym skutecznie powstrzymywało go od popełnienia kolejnych przestępstw po zakończeniu okresu dozoru. Szerokie stosowanie dozoru elektronicznego w wymiarze sprawiedliwości nie oznacza także automatycznego zmniejszenia populacji więziennej. W świetle aktualnego stanu wiedzy racjonalne wykorzystanie dozoru elektronicznego wymaga łagodzenia go z interwencjami, które zmierzają do ułatwienia sprawcom przestępstw zaprzestania przestępczej działalności i pomyślnej integracji społecznej. Takie stanowisko zajmuje także Rada Europy w rekomendacji z 2014 r. poświęconej w całości dozorowi elektronicznemu⁴⁷.

Niektóre formy stosowania dozoru elektronicznego wiążą się z niebezpieczeństwem rozszerzania sieci kontroli społecznej, a to z kolei powoduje problemy etyczne dotyczące orzekania sankcji i rodów nadmiernie ingerencyjnych i sprzecznych z zasadą proporcjonalności. Kolejne problemy etyczne pojawiają się w krajach, w których kontrola elektroniczna zastępuje tradycyjne, pomocowe wymiary działalności probacyjnej i osobiste kontakty sprawcy z personelem probacyjnym. Takie rozwiązania są kwestionowane ze względu na nieskuteczność z punktu widzenia obniżania przestępczości powrotnej oraz dehumanizowanie procesów karania i wykonywania kar. Obawy o porzucenie tradycyjnej misji probacji i uprzedmiotowienie skazanych nasilają się

⁴⁶ P. Raynor, *Consent to probation in England and Wales. How it was Abolished, and why it Matters*, „European Journal of Probation” 2014, Vol. 6, No. 3, s. 296 i nast.

⁴⁷ *Recommendation CM/Rec(2014)4 of the Committee of Ministers to Member States on Electronic Monitoring*, <http://www.coe.int/cm> [stan na: 8.02.2015]; por. także: B. Sta do-Kawecka, *Dozór elektroniczny w Polsce - uwagi w świetle rekomendacji Rady Europy*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2015, nr 86, s. 11 i nast.

tam, gdzie podmioty świadczące usługi elektroniczne silnie lobbują za korzystaniem z oferowanych usług i rywalizują o ograniczone środki budżetowe z organami probacyjnymi. Znalezienie w wymiarze sprawiedliwości właściwego miejsca dla dozoru elektronicznego nie jest możliwe bez rzetelnych badań ewaluacyjnych. Bez wątpienia nie jest to takie proste, o czym świadczy chociażby częsta zmiany przepisów regulujących stosowanie i wykonywanie tego dozoru w Polsce⁴⁸.

⁴⁸ Por. S. Lelental, *Dozór elektroniczny w świetle rzeczonego projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z 4 kwietnia 2014 r.*, „Przebieg Wiadomości Prawnych” 2014, nr 83, s. 7 i nast.; A. Dziubińska, *System dozoru elektronicznego w świetle przepisów prawa, danych statystycznych oraz raportu Najwyższej Izby Kontroli*, „Przebieg Wiadomości Prawnych” 2015, nr 87, s. 84.

Iga Starowicz

Poziomy kryminalistycznej analizy pisma r cznego

Identyfikacja kryminalistyczna wykonywana w celu ustalenia autorstwa danego pisma, polegaj ca na porównywaniu ze sob materiału kwestionowanego oraz porównawczego, powinna uwzgl dnia ró ne płaszczyzny bada . W artykule tym uwag skupiono na analizie struktur graficznych wykonanych r cznie, pomini to natomiast analiz zapisu maszynowego, która rz dzi si własn metodologi . Zapis wykonany r cznie jest no nikiem o wiele wi kszej liczby informacji mog cych wskazywa autora danego dokumentu.

Analiza pisma powinna odbywa si warstwowo, pocz wszy od badania wygl du, topografii i rozmieszczenia poszczególnych elementów tekstu oraz zmierzenia wielko ci znaków graficznych (tzw. warstwy graficznej), a sko czywszy na analizie warstwy j zykowej tekstu oraz analizie grafologicznej uwzgl dniaj cej psychologiczny aspekt powstawania pisma i wpływ elementów osobowo ciowych na obraz grafizmu (tzw. warstwa psychologiczna). Wa n kwesti jest uwzgl dnienie równie bada fizyko-technicznych czy chemicznych dokumentów, które mog pomóc przy ustalaniu np. wieku badanego dokumentu lub rodka u ytego do pisanie. Dopiero kompleksowe uj cie wszystkich zebranych informacji uzyskanych na ka dym ze wskazanych poziomów analizy pozwoli na dokonanie identyfikacji grupowej czy indywidualnej na podstawie zespołu cech to samych.

Badanie identyfikacyjne ładów w postaci znaków graficznych mo e polega na stosowaniu ró nych metod umo liwiaj cych ustalenie ich wykonawcy. W przypadku bada warstwy graficznej chodzi o sam obraz znaku, jego wielko i charakterystyczny modelunek poszczególnych jego elementów (np. pod-, nad- i ródlinijnych). Porównuje si ze sob pewne znaki graficzne z materiału kwestionowanego z odpowiadaj cymi im elementami z materiału porównawczego (wpływowym lub bezwpływowym). „Porównywanie” to przyjmuje ró norodne formy (znane pod postaci metod bada pisma), które s lub były wykorzystywane w sytuacji bada pismoznawczych wykonywanych na u ytek organów procesowych. Warto prze ledzi metody bada identyfikacyjnych, które mo na przedstawi w uj ciu chronologicznym, poczynaj c od najstarszej metody kaligraficznej, a ko cz c na współcześnie najpopularniejszym modelu graficzno-porównawczym. Metoda kaligraficzna (czy kaligraficzno-porównawcza), wykorzystywana ju w czasach redniowiecza, polegała przede wszystkim na porównywaniu ze sob budowy liter¹. Z metody tej jednak zrezygnowano, gdy nie uwzgl dniała ona sytuacji fałszerstwa okrelonych kształtów znaków. Kształt liter nie mo e by postrzegany jako element wysoce indywidualizuj cy osob pisz c wła nie ze wzgl du na mo liwo na ładownictwa. Z czasem metod kaligraficzn zacz to rozszerza , dodaj c analiz morfologii znaków, zmienno cieniowania oraz tzw. zło enie r ki². Metoda ta stała si podwalin dla powstania nowej metody zwanej sygnaletyczno-opisow , za której twórce uznaje si Salvatore Ottolenghiego³. Zwrócił on uwag na potrzeb bada porównawczych odmian kształtu poszczególnych liter, jak równie na m.in. naciskowo , sposób ł czenia liter (wi zania i ł czniki), ich szeroko , k t nachylenia czy impuls graficzny⁴. Do twórców tej metody zalicza si równie Hansa Schneickerta, który przyczynił si do rozwoju tej metody⁵. Do wyników analizy pisma doł czano materiał pogł dowy w postaci fotografii czy ilustracji. W przypadku obydwóch przedstawionych powy ej metod wnioskowanie przybiera form wnioskowania przez analogi , gdzie poszukuje si podobie stw analizowanych elementów z materiału kwestionowanego z odpowia-

¹ Z. Czeczot, *Badania identyfikacyjne pisma r cznego*, Warszawa 1971, s. 89.

² T. Widła, *Metody ekspertyzy pisma*, [w:] *Ksi ga pami tkowa ku czci Prof. Andrzeja Szwarca*, red. T. Hanausek, Z. Kegel, K. Sławik, Wrocław 2001, s. 245.

³ M. Le niak, *Warto dowodowa opinii pismoznawczej*, *Pi czów* 2012, s. 213; J. Wi dacki, *Kryminalistyka*, wyd. 2, Warszawa 2012, s. 231.

⁴ T. Widła, *Metody ekspertyzy...*, *op. cit.*, s. 246.

⁵ *Ibidem*.

daj cymi im elementami z materiału porównawczego⁶. Cz sto zdarza si , e eksperci, stosuj c tak na prawd metod sygnaletyczno-opisow , deklaruj , e posługiwali si metod graficzno-porównawcz⁷, co mo e wynika z niewiedzy b dcej wynikiem braku odpowiednich kwalifikacji i przeszkolenia.

Z czasem zacz to dostrzega potrzeb wykonywania pomiarów pewnych elementów pisma, poniewa metody bazuj ce jedynie na porównywaniu obrazu poszczególnych znaków okazały si niewystarczaj ce i zbyt jednostronne. Dzi ki temu powstały metody grafometryczne (pomiarowe), do których zaliczy mo na przede wszystkim grafometri Wilhelma Langenbrucha czy Edmonda Locarda stosowane w przypadku dłu szych zapisów, a tak e metody innych twórców, mi dzy innymi: M. Duystera, P. Brossona, S.N. Matwiejewa, wykorzystywane w szczególno ci do analizy podpisów skróconych wyst puj cych w formie paraf⁸. Zalet wszystkich tych metod było d enie do zwi kszenia obiektywno ci bada pisma r cznego, co niew tliwie umo liwia pomiar, lecz z drugiej strony metody opierały si tylko na analizie ilociowych charakterystyk pisma, wi c uwzgl dniały tylko zewn trzny obraz znaków, co nie mo e mie zastosowania we wszystkich przypadkach bada r kopisów. Zacz to uwzgl dnia potrzeb analizy pewnych cech pisma o charakterze nie ilociowym a jako ciowym, które mo na warto ciowa . S to przede wszystkim cechy tre ciowo-j zykowe oraz cechy topograficzne, wynikaj ce z pewnych indywidualnych predyspozycji psychofizycznych osoby pisz cej. Takie elementy jak wła ciwo ci stylu, cel i tre analizowanego r kopisu stały si do istotne w ramach wykonywania ekspertyzy pismoznawczej. Szersze spojrzenie na badania pisma r cznego, uwzgl dniaj ce m.in. cechy syntetyczne czy topograficzne, ni tylko to dotycz ce budowy znaków graficznych doprowadziło do powstania nowej metody graficzno-porównawczej, która jest aktualnie najbardziej rozpowszechnion metod wykonywania bada pisma r cznego. Za jej twórc uwa a si Locarda, który stworzył spójny system bada pisma uwzgl dniaj cy powstałe zespoły elementów graficznych i tre ciowo-j zykowych⁹. W Polsce po raz pierwszy nazwy tej metody

⁶ M. Le niak, *Warto dowodowa.*, *op. cit.*, s. 214.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*, s. 215-216; J. Widacki, *Kryminalistyka.*, *op. cit.*, s. 232-235; T. Widła, *Metody ekspertyzy.*, *op. cit.*, s. 248 i nast.; M. Goc, *Współczesny model ekspertyzy pismoznawczej. Wykorzystanie nowych metod i technik badawczych*, Warszawa-Szczecin 2015, s. 115-116.

⁹ J. Widacki, *Kryminalistyka.*, *op. cit.*, s. 236.

u ył Lucjan Fajer, który zaznaczał, e metoda ta kwalifikuje cechy pisma z punktu widzenia fizjologicznego i psychologicznego, a wi c porównywane s cechy indywidualne pisma¹⁰. Ten indywidualizm odruchu graficznego jest widoczny w nawykach pisarskich, ma swoje odzwierciedlenie w ruchach człowieka, które wykonuje podczas czynno ci pisania. Zwracał na to uwag równie Henryk Kwieci ski, który podkre lał, e na podstawie próbek pisma z materiału porównawczego mo na okre li stan psychiczny osoby pisz cej oraz nastrój, w jakim si znajdowała¹¹. Pismo jako indywidualny odruch graficzny, który w trakcie całego ycia człowieka ulega ró nym fluktuacjom, jest przede wszystkim wytworem mózgu, dlatego tak istotn kwesti jest rozumienie wpływu zachodz - cych tam zmian neurologicznych oraz zmian w psychice, które mog wpływa na obraz pisma, w szczególno ci je li przebiegaj w sposób patologiczny. Sama metoda graficzno-porównawcza jest ci gle udoskonalana przez wprowadzanie ró nych precyzyjniejszych technik pomiaru z u yciem metod opartych na wykorzystaniu programów komputerowych¹². Jednak w dalszym stopniu pewne elementy metodyki s nara one na brak precyzyjno ci, cho by takie jak interpretacja znaczenia warto ci niektórych cech pisma. Ponadto istotn kwesti , któr w przypadku stosowania danej metody badawczej nale y rozwa y , jest kwestia warto ci diagnostycznej tej e metody, która jest okre lana jako warto procentowa liczby uzyskanych wyników (poprawnych, bł dnych oraz nierozstrzygaj cych), któr mo na oblicza na ró ne sposoby¹³. Ma to z kolei dalsze konsekwencje polegaj ce na wpływie na warto dowodow takiej opinii przeprowadzanej jako dowód w sprawie. Metoda graficzno-porównawcza, cho zwraca uwag nie tylko na pomiar cech, ale tak e na cechy b d ce wynikiem ró nych zmian zachodz cych w organizmie ludzkim, nie daje mo liwo ci uj cia pełnego zbioru zmiennych charakteryzuj cych pismo.

Oprócz typowych metod dotycz cych badania struktury graficznej wa n kwesti jest równie zwrócenie uwagi na warstw j zykow badanego r kopisu. J zyk b d cy cech osobnicz mo e wykazywa rów-

¹⁰ L. Fajer, *Pismo jako dowód rzeczowy*, Warszawa 1939, s. 61-62.

¹¹ H. Kwieci ski, *Grafologia s dową*, wyd. 2, Warszawa 1934, s. 221.

¹² Szerzej mo liwo zastosowania metod komputerowych jako nowej metodyki bada pisma r cznego opisał M. Goc w: *Współczesny model...*, *op. cit.*, s. 235-317.

¹³ Podaj c m.in. warto diagnostyczn identyfikacji pozytywnej czy negatywnej. J. Widacki, *Kryminalistyka...*, *op. cit.*, s. 187-188. Przegl d wyników bada eksperymentalnych dotycz cych trafno ci i rzetelno ci metod bada pismoznawczych, zarówno na poziomie badania pomiaru, jak i interpretacji cech pisma umie cił M. Le niak w monografii: *Warto dowodowa opinii...*, *op. cit.*, s. 250-292.

nie warto identyfikacyjn , na podstawie której mo na stwierdzi autorstwo danego pisma. Naley dokonywa analizy j zyka we wszystkich jego wymiarach. Na pocztku konieczna jest analiza składniowa, poprawno ci gramatycznej i interpunkcyjnej, słownictwa zawierajcego pewne specyficzne formy j zykowe, takie jak gwary, szwargoty, argony, dialekty, ksenizmy, jak równie elementy j zykowe charakterystyczne dla jakiej grupy zawodowej czy rodowiskowej (np. slang), stanowi c rodzaj subj zyka. Warstwy subj zyka mog obejmowa m.in. pochodzenie terytorialne, zawód, wykształcenie czy wiek danej osoby i stanowi wa ny element analizy j zykowej. Znaczenie wi c ma nie tylko sama budowa zda , ale tak e tre badanego dokumentu i to jak kto formuluje wypowiedzi na pi mie. Powinno si w trakcie analizy lingwistycznej równie zwraca uwag na rzeczywisto j zykow oraz pozaj zykow odnosz c si do danego tekstu, która w pewnym stopniu ułatwia identyfikacj grupow¹⁴. Wypowiedzi j zykowe jako komunikaty zindywidualizowane maj charakter idiolektu, czyli odrbnego, specyficznego stylu wypowiedzi danej osoby, a wi c na ich podstawie okre li mo na wła ciwo ci natury j zyka, jakim si kto posługuje¹⁵. Z mo liwo ci identyfikacji, czy to grupowej, czy indywidualnej, wi e si zagadnienie tzw. normy j zykowej, która stanowi o pewnych regułach okrelaj cych, w jaki sposób nale y wymawia i ł czy elementy systemu j zykowego w wi ksze cało ci¹⁶. Im mniejszy kr g osób posługuj cych si danym subj zykiem, tym wi ksza staje si mo liwo identyfikacji jednostkowej, a wyodr bnienie dodatkowo normy indywidualnej charakterystycznej dla danego człowieka mo e pozwoli zidentyfikowa autora badanego tekstu. W kontek cie lingwistycznych bada dokumentów umiejtno powizania rzeczywisto ci pozaj zykowej, która jest wyra ona w danym tek cie w postaci tre ci i pewnych okoliczno ci wpływaj cych na powstanie danego dokumentu oraz rzeczywisto ci j zykowej dotycz cej elementów j zykowych składaj cych si ze zbioru znaków oraz reguł ich tworzenia i ł czenia, pozwala na uzyskanie pełniejszego obrazu okoliczno ci powstania dokumentu. Analiza lingwistyczna stanowi jedn z mo liwych metod analizy oraz mo e ułatwi pozyskanie istotnych cech j zykowo-tre ciowych¹⁷, które stanowi ródło informacji o autorze badanego tekstu. Je li doda do tego analiz przeprowadzon na poziomie

¹⁴ A. Felu , *Z zagadnie j zykoznawstwa kryminalistycznego*, Pozna 2011, s. 98.

¹⁵ *Idem*, *Pami tnik nekrosadysty jako ródło informacji o sposobie działania sprawcy oraz opiniowania kryminalistycznego na podstawie j zyka pisanego*, Katowice 2017, s. 39. Zob. tak e: J. Widacki, *Kryminalistyka.*, *op. cit.*, s. 248.

¹⁶ A. Felu , *Z zagadnie j zykoznawstwa.*, *op. cit.*, s. 82-83.

¹⁷ *Ibidem*, s. 141-143.

graficznym (badanie obrazu poszczególnych znaków graficznych), może pozwolić to na poznanie badanego tekstu z jego autorem, ponieważ będą zachodziły między sobą pewne korelacje cech, np. stopień wyrobienia pisma a poprawność językowa wypowiedzi na piśmie¹⁸.

Od metod bazujących na badaniach graficznych czy grafometrycznych pisma oraz tych dotyczących analizy językowej należałoby odróżnić metody opierające się na metodach z zakresu psychologii pisma, która niesłusznie utożsamiana jest z grafologią. Psychologia pisma co prawda bazuje na tradycyjnych teoriach grafologicznych, jednak kluczową rolę odgrywają w niej badania empiryczne, które pozwalają na analizę czynników inicjujących powstawanie pisma, a także uwzględnia czynniki pozapersonalne kształtujące obraz grafizmu¹⁹. Jednak zbyt daleko idącym twierdzeniem jest to, że psychologia pisma zawiera takie techniki badawcze, które mogłyby zastosowane w odniesieniu do różnych koncepcji człowieka i mogły stanowić np. o jego portrecie psychologicznym. Grafologia od psychologii pisma różni również to, że skupia się ona wyłącznie na analizie wyglądu pisma, na podstawie którego próbuje się wnioskować o cechach osobowości danej osoby. Za właściwego twórcę grafologii uważa się Jeana Hipolita Michona, który jako pierwszy „określił [...] ciłe sporo znaków i właściwości stałych a charakterystycznych i przyspieszył rozwój grafologii o dziesięć lat”²⁰. Stworzył on spójny system oparty na założeniach, że w piśmie każdego człowieka widać odzwierciedlenie jego cech charakteru oraz że zmienne występujące w grafizmie mają stały obraz, tak jak stały jest charakter danego człowieka. Dostrzeganie w piśmie kształtów, które w pewnym stopniu przypominają jak określone postawy ciała lub pewne właściwości psychiczne, może być postrzegane za przejaw kierowania się intuicją, a nie metodami uznawanymi za naukowe²¹. Całkowicie jednak nie można krytykować grafologii, ponieważ zwróciła ona uwagę na istotny wpływ stanu psychofizycznego człowieka na obraz jego pisma, jak również na to, że pewne zespoły cech mogą określać osobowość człowieka. Oczywiście pod warunkiem, że elementy te spełniają kryteria naukowości. Dopuszczanie dowolnej interpretacji, która jest rezultatem jakiegoś pseudonaukowego, mistycznego rozumowania oraz nie jest poparta żadną wiedzą naukową, jest działaniem szkodliwym i skutkującym brakiem wiarygodności badań zarówno w psychologii pisma, jak i grafologii.

¹⁸ *Ibidem*, s. 126.

¹⁹ A. Seibt, *Kryminalistyczne badania porównawcze pisma a psychologia pisma*, „Problemy Kryminalistyki” 2005, nr 247, s. 71.

²⁰ C. Lombroso, *Podręcznik grafologii*, tłum. S.T., Warszawa 1904 [reprint 1990], s. 6.

²¹ P. Horoszowski, *Kryminalistyka*, Warszawa 1958, s. 546-547.

Za twórc metody grafologicznej uznaje si Cesarego Lombrosa, według którego analiz grafologiczn nale y rozpocz od badania znaków ogólnych, badania znaków szczególnych i bada wypadkowych²². Oprócz analizy budowy i układu znaków Lombroso dostrzegał potrzeb głbszych bada odnosz cych si do psychologii, lecz były to niestety metody intuicyjne (opieranie si na „instynktownym wra eniu”, o którym pisał Lombroso²³). Aby móc porówna dwa teksty w celu ustalenia pochodzenia od jednej osoby, tak analiz nale y przeprowadzi na ka - dym z nich osobno. Najistotniejszy jednak jest fakt, e odruch graficzny powstaje w mózgu, dokładnie w lewej półkuli, za co odpowiada sie konkretnych obszarów mózgu²⁴. To tam formowany jest model danego znaku graficznego, jego wyobra enie, które nast pnie za pomoc mi ni poruszaj cych ko czyn pisz c zostaje przeniesione przy uyciu rodków pisarskich na podło e. Cały proces poddawany jest oddziaływaniu pewnych czynników, które ostatecznie mog wpłyn na wygl d pisma. Podsumowuj c, grafologia, je li ma by traktowana jako dziedzina o naukowych podstawach, musi opiera si na czterech filarach, które stanowi uzasadnione twierdzenia: pierwsze zakłada, e odruch graficzny jest wynikiem wiadomego i zindywidualizowanego działania człowieka; drugie zakłada, e pismo zawiera wiele cech zarówno głównych, jak i indywidualnych, a zgodnie z trzecim prawem te zmienne indywidualne wyst puj w zbli onej formie we wszystkich wypowiedziach pisemnych człowieka; czwarte twierdzenie zakłada, e ukształtowanie cech pisma mo e pozwoli na scharakteryzowanie osobowo ci osoby pisz cej, opieraj c si oczywi cie na naukowo uzasadnionych zwi zkach mi dzy cechami osobowo ci a zmiennymi obecnymi w grafizmie²⁵.

W kontek cie psychologii pisma istotne jest to, e na obraz grafizmu mog oddziaływa równie inne czynniki zewn trzne, cho by te zwi zane z nastrojem czy emocjami. I to wła nie powinno stanowi przedmiot bada wykonywanych w ramach takiej ekspertyzy, tzn. chodzi o elementy, które mog by zweryfikowane za pomoc bada psychologicznych z poszanowaniem wymogów metodologicznych. Badania pisma odnosz ce si do analizy psychologicznej powinny uwzgl dnia

²² C. Lombroso, *Podr cznik...*, *op. cit.*, s. 12.

²³ *Ibidem*, s. 19.

²⁴ J.J. Purcell *et al.*, *Examining the Central and Peripheral Process of Written Word Production through Meta-analysis*, „Frontiers in Psychology” 2011, Vol. 2, art. 239, s. 1.

²⁵ T. Widła, *Grafologia - wczoraj, dzi , jutro*, [w:] *Doctrina multiplex veritas una. Ksi ga jubileuszowa ofi arowana Prof. Mariuszowi Kulickiemu*, red. A. Bulsiewicz, A. Marek, V. Kwiatkowska-Darul, Toru 2004, s. 83.

fakt, że określając osobowość człowieka na podstawie pisma, można na ulec mylnemu wrażeniu. Należy zwrócić uwagę przede wszystkim na to, jak osobowość, nastrój i ogólnie stan psychiczny danej osoby może wpływać na obraz jej pisma.

Wszystkie te poziomy analizy, które zostały wyżej przedstawione, mogą stanowić elementy kompleksowej ekspertyzy z zakresu pismoznawstwa. Zarówno aspekt językowy (lingwistyczny), jak i graficzny nie muszą być analizowane w oderwaniu od siebie, tym bardziej jeżeli badania w ramach ekspertyzy wykonywane są w obrębie tego samego dokumentu. Ponadto dokument jest wytworem psychofizycznym człowieka, tak samo w kontekście językowym, jak i graficznym²⁶, dlatego obie te płaszczyzny tworzą integralną całość, wzajemnie się uzupełniając. Dołączając do tego analizy psychologiczne oparte na naukowych podstawach oraz niekiedy niezbędne badania fizyko-techniczne dokumentu, można mówić o pewnej kompleksowej ekspertyzie pisma ręcznego. Wówczas zakres badania danego dokumentu wydałby się pełniejszy i byłby może umożliwiałoby to skuteczniejszą identyfikację lub eliminację autora badanego rękopisu. Aczkolwiek warto pamiętać, że żadna metoda wykorzystywana w celu identyfikacji ładów graficznych tak naprawdę nie pozwala na kataryczne podejmowanie wniosków co do jednorodności danego ład²⁷. Nie ma teoretycznej i empirycznej podstawy, aby przyjmować, że jeżeli dwa ład²⁸ są od siebie nieodróżnialne, to pochodzą z tego samego r²⁸o²⁸ła. Można jedynie określić pewien krąg czy zbiór obiektów, które mogą pozostawiać takie ład²⁸ i to jeszcze za pomocą ujęcia pojęcia prawdopodobieństwa²⁸. Warto jednak w obrębie metody badania stosowanych w ramach ekspertyzy pismoznawczej zachować powściągliwość w ocenie uzyskanych wyników.

²⁶ A. Felu, *Zagadnienie kompleksowości w kryminalistycznej ekspertyzie pismoznawczej*, [w:] *Z zagadnień metodologicznych ekspertyzy pisma ręcznego*, Kraków 2008, s. 25.

²⁷ J. Konieczny, *Kryzys czy zmiana paradygmatu kryminalistyki?*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 1, s. 11.

²⁸ *Ibidem*, s. 12, 14.

Barbara Stoczewska

Piłsudczyk i adwokat. Stanisław Bukowiecki o narodzie i ustroju państwa

ycie

Stanisława Bukowieckiego można bez wątpienia zaliczyć do grona najwybitniejszych polityków i mężów stanu Polski międzywojennej. Doskonale wykształcony prawnik, praktykujący adwokat, społecznik, a do tego współtwórca systemu prawno-ustrojowego Drugiej Rzeczypospolitej, zabierał głos w dyskusji nad niemalże wszystkimi najważniejszymi problemami, wobec rozważań których stanął na progu swojej suwerenności odrodzona Polska. Nazywany „sumieniem narodu” cieszył się ogromnym moralnym i zawodowym autorytetem. A fakt, że w sile wieku, utracił wzrok i całkowicie ociemniały prowadził zdumiewająco aktywne i twórcze życie, musi u czytelnika jego dzieł budzić ogromny podziw i przekonanie, że dzięki jemu podobnym możliwe stało się odbudowanie polskiej państwowości.

Stanisław Bukowiecki należał do pokolenia „dzieci 1863 roku”¹. Urodził się bowiem w 1867 roku, wkrótce po stłumieniu powstania stycz-

¹ Por. S. Bukowiecki, *Polityka Polski niepodległej. Wybór pism*, wyb., oprac. i wst. A. Danek, Kraków 2015, s. VII i nast.; K. Pol, *Poczet prawników polskich*, Warszawa 2000, s. 751 i nast.; S. Strzemieczny, *Stanisław Bukowiecki*, „Palestra” 1983, nr 1-2, s. 77.

niowego, w Opatowie w zaborze rosyjskim. Pochodził z patriotycznej rodziny ziemiańskiej, w której tradycje powstańcze miały swój historyczny ciąg. Ojciec Ludwik Bukowiecki, uczestnik powstania styczniowego, był lekarzem jednego z powstańczych oddziałów, a matka Zofia z Konarskich wywodziła się z rodziny, której chlubił się Szymon Konarski, rozstrzelany przez Rosjan powstaniec 1830 roku. Matka zajmowała się tajnym nauczaniem oraz publikowaniem przejętych treści patriotycznymi księkami dla dzieci. W takim też duchu wyrastał Stanisław. A słowa jego matki, że wychowała go tak, aby „zasłużył nie na order, lecz na szubienicę”², jak i jego charakterystyczne dla tego romantyczno-mistycznego nurtu, któremu poddawane były pokolenia Polaków przełomu XIX i XX wieku. Postawę patriotyczną prezentował młody Bukowiecki już od najmłodszych lat. W czasie nauki gimnazjalnej w Radomiu działał w tajnych kółkach samokształceniowych, a w trakcie studiów na Wydziale Prawnym Cesarskiego Uniwersytetu Warszawskiego wstąpił do nielegalnego Studenckiego Koła Uniwersytetu Warszawskiego oraz publikował w podziemnych wydawnictwach. Można powiedzieć, że Bukowiecki przeszedł typowy drogę wychowanka kółka gimnazjalnego i tak jak wielu jemu podobnych współtworzył w latach uniwersyteckich patronat studencki, który aktywizował działalność młodszych kolegów, a z czasem wyrósł na potężną siłę kierując samokształceniem młodzieży szkolnej również w duchu określonych treści ideowych³. Nic dziwnego, że w organizacjach tych cierały się naprzemiennie wpływy polityczne socjalistów i narodowców. Ostatecznie około 1900 roku ruch ten został całkowicie zmajoryzowany przez działaczy narodowych Związku Młodzieży Polskiej Zet⁴. Bukowiecki współtworzył strukturę tej organizacji, najpierw w Kongresówce, a gdy po ukończeniu studiów w Warszawie wyjechał do Heidelbergu, by kontynuować prawnicze wykształcenie, z ramienia Związku zajmował się budowaniem sieci kontaktów z polskimi studentami w Genewie, Wiedniu i Zurychu. W trakcie studiów nawiązał wiele przyjaźni, między innymi z przyszłym cywilistą Fryderykiem Zollem (młodszym), a także Felicjanem Niegolewskim, znanym lekarzem okulisty, który w kilka lat później, niestety bezskutecznie, próbował przywrócić mu wzrok⁵. Po obronie pracy doktorskiej

² J. Pajewski, *Odbudowa państwa polskiego 1914-1918*, Poznań 2005, s. 190, przyp. 30; cyt. za: A. Danek, *Wstęp*, [w:] S. Bukowiecki, *Polityka Polski niepodległej*. Wybór., *op. cit.*, s. XXVI.

³ Szeroko pisze o tym: B. Cywiński, *Pokolenie niepokornych*, Warszawa 2010, s. 43.

⁴ Szeroko pisze o tym: P. Waingertner, *Ruch zetowy w Drugiej Rzeczypospolitej*. Studium myśli politycznej, Łódź 2006, s. 18 i nast.

⁵ K. Pol, *Poczet*., *op. cit.*, s. 754.

po wiconej ustrojowi i urzędziom administracyjnym w Polsce za czasów Stanisława Augusta Bukowiecki zamieszkał w Warszawie i rozpoczął aplikację adwokacką. W tym czasie pod wpływem swoich patronów Antoniego Radwańskiego, Cezarego Ponikowskiego, a zwłaszcza Józefa Kamińskiego, który w młodości był dla eromskiego wzorem postaci Zygiera z *Syzyfowych prac*, zaangażował się w pracę społeczną, wstępując do Łączności, legalnego stowarzyszenia promującego oświatę w środowisku robotniczym Warszawy. Po wybuchu rewolucji 1905 roku, już jako pełnoprawny adwokat oraz członek Koła Obrotów Politycznych, występował w procesach politycznych dotyczących spraw o prawo do używania języka polskiego w szkołach i urzędach. Był członkiem polskiej delegacji na Wszechrosyjski Zjazd Adwokatów oraz przyczynił się do przeforsowania na tym zjeździe uchwalenia deklaracji wywołującej żądanie do przyznania Królestwu Polskiemu autonomii w ramach cesarstwa⁶. Uczestniczył w zjeździe założycielskim Związku Adwokatury Polskiej. Aktywno publicystyczna Bukowieckiego obejmowała zarówno zagadnienia prawne, zwłaszcza z dziedziny prawa cywilnego oraz górniczego, jak również zagadnienia związane bezpośrednio z pomocą prawną dla najuboższych. W ramach tej ostatniej walczył o poparcie dla kas pożyczkowo-oszczędnościowych, zakładów przyszłych spółdzielni. Dzięki do jak najszerzej popularyzacji oświaty oraz patriotyzmu i kultury prawnej, założył w 1906 roku własne wydawnictwo oraz księgarnię. W serii wydawniczej „Biblioteka Narodowa” publikował teksty literackie i popularno-naukowe, ale te pod pseudonimem „Drogosław” własne artykuły polityczne, jak np. *Naród polski jako podmiot gospodarstwa społecznego* (1911)⁷. W ramach równoległe prowadzonej aktywności adwokackiej, jako cywilista oraz znawca prawa górniczego, zamieszczał dotyczące tej problematyki artykuły głównie na łamach „Themis Polska”, czasopisma poświęconego nauce prawa⁸. Był aktywny w pracach Towarzystwa Prawniczego i Koła Prawników Polskich i w ramach tej działalności zabrał głos w dyskusji nad carskim projektem dotyczącym zastąpienia obowiązującego na terenie Kongresówki systemu prawa opartego na kodeksie Napoleona rosyjskim prawem cywilnym⁹.

Identyfikacja polityczna Stanisława Bukowieckiego nigdy nie była całkowicie jednoznaczna. Można – jak się wydaje – powiedzieć, że sympatie polityczne lokował tam, gdzie znajdował pole do spełnienia swo-

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*, s. 756.

⁸ Szerzej zob. A. Kisza, Z. Krzemiński, R. Łyczywek, *Historia adwokatury polskiej*, Warszawa 1995, s. 101.

⁹ K. Pol, *Poczet*, *op. cit.*, s. 756.

ich pasji społecznikowskich i patriotycznych, które były bez wątpienia pierwszoplanowym celem jego życia. Początkowy związek z orientacją narodową podyktowany był tym, że to właśnie niepodległościowo-patriotyczny ruch zetowski organizował uczniowskie i studenckie samokształcenie, w którego struktury był zaangażowany. Jego związki z ruchem zetowskim przetrwały jednak aż po lata Drugiej Rzeczypospolitej. W tym czasie powstały w listopadzie 1918 roku na bazie środowisk zetowskich Związek Patriotyczny promował idee bliskie Bukowieckiemu, jak sprawiedliwa społeczność, tolerancja narodowościowa i religijna¹⁰. Jego rozecie się z endecją nastąpiło w połowie 1911 roku, kiedy to wraz z tzw. Secesją wystąpił z tajnej Ligi Narodowej i jej zewnętrznej ekspozytury politycznej, jak było Stronnictwo Demokratyczno-Narodowe. Sprzeciwiał się bowiem prorosyjskiej orientacji endecji i skłaniał się stopniowo ku stanowisku tzw. umiarkowanego aktywizmu, który zakładał czynną budowę przez Polaków własnego aparatu państwowego po wyparciu Rosjan przez państwa centralne¹¹. Secesja, w której działał, przekształcona później w Polskie Zjednoczenie Narodowe, weszła w skład Ligi Państwowej Polskiej, która postulowała odbudowę państwa polskiego przy pomocy Austro-Węgier i w związku z nimi. Liga współpracowała z krakowskim Naczelnyim Komitetem Narodowym (NKN), który utworzony 6 sierpnia 1914 roku stanowił najwyższą instancję w zakresie wojskowej, politycznej i skarbowej organizacji polskich sił zbrojnych¹². Z oczywistym entuzjazmem poparł powstanie Legionów i jako jeden z pierwszych witał oddziały wkraczające do opuszczonej przez Rosjan Warszawy. Już wtedy całkowicie ociemniały mówił: „Pozwólcie mi dotknąć waszych kołnierzy i mundurów, abym sobie wytworzył jako takie wyobrażenie, jak wy wyglądacie”¹³. W tym czasie co do taktyki przyjął przez Józefa Piłsudskiego zaczął tę nurtować Bukowieckiego po tzw. kryzysie przysięgowym. Wezwanie legionistów do odmowy złożenia przysięgi na wierność cesarzowi Wilhelmowi II kłóciło się bowiem z jego koncepcją odbudowy państwa polskiej pod egidą państw centralnych, za polskie siły zbrojne stanowiące choćby załęk własnej armii miały przecie dla tej wizji fundamentalne znaczenie. W związku z tym posunięcie Piłsudskiego oceniał jako „parlamentarnie poprawne”, jednak w skutkach wręcz „tragiczne i nie do obliczenia”¹⁴.

¹⁰ Por. P. Waingertner, *Ruch zetowy*., *op. cit.*, s. 39.

¹¹ Zob. A. Danek, *Wstęp*., *op. cit.*, s. XI.

¹² Szerzej patrz: J. Pajewski, *Odbudowa państwa polskiego*., *op. cit.*, s. 77 i nast.

¹³ Cyt. za: K. Pol, *Poczet*., *op. cit.*, s. 757.

¹⁴ Cyt. za: A. Danek, *Wstęp*., *op. cit.*, s. XVI.

Mimo to jesieni 1918 roku bez wahania włączył się w tworzenie naczelných organów niepodległego państwa polskiego. Był pomysłodawcą tytułu Tymczasowego Naczelnika Państwa, który Piłsudski przyjął po objęciu najwyższej władzy w listopadzie 1918 roku¹⁵. Stał na czele Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, powołanej przez Naczelnika Państwa w lutym 1919 roku, jako instytucji przeznaczonej do reprezentowania Skarbu Państwa w procesach sądowych.

Bukowieckiego można nazwać piłsudczykiem, za czym przemawia jego wielkie zaangażowanie w tworzenie podwalin polskiego państwa, a także wyrażające się wielokrotnie w jego publicystyce typowe dla środowiska piłsudczykowskiego, tzw. stanowisko propaństwowe, jak również zbierające z piłsudczykowskich prądów, ale też zettowski i PPS-owski, poglądy dotyczące polityki wobec mniejszości narodowych. Jednak po zamachu majowym oddalał się coraz bardziej od obozu sanacji, a przejawy autorytaryzmu w stosunkach politycznych, proces brzeski i utworzenie obozu w Berezie Kartuskiej napawały go przerażeniem. Wierny wysokim standardom moralnym potępiał zjawiska antysemityzmu i ksenofobii. Dawał temu wielokrotnie wyraz, między innymi publikując w 1937 roku wraz z Tadeuszem Kotarbińskim i Stanisławem Ossowskim na łamach „Robotnika” sprzeciw wobec antyżydowskich ekscesów, a także protestując przeciwko prowadzonej przez władze administracyjne akcji burzenia cerkwi na Lubelszczyźnie. Bukowieckiego można – jak się wydaje – zaliczyć do jednej z generacji ludzi, którzy znajdowali się w najbliższym otoczeniu Józefa Piłsudskiego. Andrzej Micewski wyróżnił sześć takich generacji. Pierwszą stanowili współpracownicy Marszałka z jego okresu młodości, drugi współuczestnicy rewolucji 1905 i 1906 roku, trzeci członkowie Związku Walki Czynnej i Strzelcy, czwarty legionści, piąty powstaniecy, szósty współpracownicy z czasów, kiedy Piłsudski był naczelnikiem państwa, wreszcie siódmy – ludzie z ostatniego okresu pomajowych rządów Piłsudskiego¹⁶. Ewolucja polityczna Bukowieckiego doprowadziła do jego zbliżenia ze środowiskiem tzw. naprawczy. Takim mianem Stanisław Mackiewicz „Cat” określił lewe skrzydło piłsudczykowskiej orientacji, w skład którego wchodził dawny działacz Związku Młodej Polski – tzw. zettowcy¹⁷. Środowisko to współtworzyli członkowie powstałego wkrótce po przewrocie majowym Związku Naprawy Rzeczypospolitej oraz Związku Związków

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Por. A. Micewski, *W cieniu Marszałka Piłsudskiego*, Warszawa 1969, s. 338.

¹⁷ Por. S. Mackiewicz „Cat”, *Historia Polski od 11 listopada 1918 r. do 17 września 1939 r.*, Londyn 1992.

Zawodowych, z którego szeregów wywodzili się między innymi polscy syndykaliści Jerzy Szurig i Kazimierz Zakrzewski¹⁸.

Zasługi Stanisława Bukowieckiego na polu tworzenia fundamentów polskiego państwa prawa są nie do przecenienia. Przemawia za tym choćby jego niebagatelny wkład w kształtowanie w Polsce po zakończeniu wojny jednolitego systemu prawnego. Unifikacja polskiego prawa była po odzyskaniu przez Polskę niepodległości zadaniem wprost gigantycznym. Powierzono je powstałej 23 września 1919 roku Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej. Jej przewodniczącym został profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego Fryderyk Ksawery Fierich (od 1932 roku sędzia Bolesław Podhorecki), za którego zastępców tworzyli, oprócz reprezentującego Prokuratora Generalnego Stanisława Bukowieckiego, także Ernest Till profesor Uniwersytetu Lwowskiego oraz Ludwik Cichowicz - adwokat z Poznania¹⁹. Bukowiecki pracował w Komisji do końca jej funkcjonowania, tj. do wybuchu II wojny światowej, pełniąc oprócz wspomnianej funkcji wiceprzewodniczącego także inne: m.in. członka Wydziału Cywilnego, przewodniczącego podkomisji ustroju sędziownictwa. Pod jego przewodnictwem został opracowany projekt ustawy o ustroju sędziownictwa, a także już w ostatnim okresie działalności poświęcił się pracy nad ujednoliceniem prawa rzeczowego, obejmującego między innymi trudne i zawiłe dziedziny ustawodawstwa hipotecznego²⁰.

Komisja Kodyfikacyjna RP stanęła przed olbrzymim wyzwaniem. Chodziło przecież o opracowanie sześciu wielkich kodyfikacji: kodeksu cywilnego, postępowania cywilnego, prawa o ustroju sędziownictwa, prawa handlowego, kodeksu karnego oraz kodeksu postępowania karnego. Ponadto rychłego uporządkowania ze względu na swą aktualność oraz pilne potrzeby państwa wymagały także działy prawa jak przede wszystkim międzynarodowe, autorskie, czekowe i wekslowe. Równo-

¹⁸ Szerzej zob. S. Ajzner, *Zwizek Związków Zawodowych 1931-1939*, Warszawa 1979.

¹⁹ Pisz o tym m.in. S. Grodziski, *Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1981, t. 33, z. 1, s. 54; Z. Radwanski, *Kształtowanie się polskiego systemu prawnego w pierwszych latach II Rzeczypospolitej*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1969, t. 21, z. 1, s. 31 i nast.; M. Mohyluk, *Porządkowanie prawa w II Rzeczypospolitej Polskiej: Komisja Kodyfikacyjna i Rada Prawnicza*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1999, t. 51, z. 1-2, s. 286 i nast.; J. Markiewicz, *Kształtowanie się polskiego systemu prawa przedwojennego i jego twórcy w okresie międzywojennym 1919-1939*, „Teki Komisji Prawnictwej - OL PAN” 2010, s. 113 i nast.

²⁰ W. Bendetson, *Wspomnienie o p. St. Bukowieckim*, „Państwo i Prawo” 1946, R. 1, s. 2, 81.

cze nie Komisja poddawana była nieustannej presji czasu. Bez ogródek wyrażał to Naczelnik Państwa Józef Piłsudski, który już w 1921 roku mówił, że „z punktu widzenia dobra i spoistości Państwa, znacznie jest rzecz warta niejsz, by my jak najrychlej mieli jednolite prawa, ni aby one były doskonałe. Ulepsza je moście póniej”²¹. Trzeba przyznać, że Komisji udało się oprzeć takim naciskom. Jej prace przebiegały w sposób harmonijny i z poszanowaniem wszelkich zasad wzorowej legislacji. Choć zakres problematyki, znajdujących się w polu zainteresowania tworzyły zagadnienia specjalistyczne, interesujące przede wszystkim środowiska prawnicze, mimo to jej członkowie dbali o szeroki, społeczny konsultacyjny zasięg kwestii. Dyskusji poddawano nie tylko gotowy już projekt konkretnej ustawy, ale jej poszczególne zagadnienia jeszcze na etapie procedowania. Czyniono to albo w drodze składanych corocznie sprawozdań na forum sejmowym, albo przez cykliczne konferencje prasowe organizowane przez biuro Komisji, lub wreszcie na łamach seryjnego wydawnictwa „Komisja Kodyfikacyjna”. Komisja pomyślana jako instytucja całkowicie autonomiczna, jako organ pomocniczy dla Sejmu, powołana była z ministrem sprawiedliwości jedynie obowiązkiem składania na jego rozkaz projektów ustaw. Mimo konieczności wprowadzenia pewnych korekt regulaminowych, a także mimo „zawirowań konstytucyjnych” Drugiej Rzeczypospolitej, wysoka pozycja Komisji nie poniosła najmniejszego uszczerbku i do końca jej funkcjonowania, tj. do wybuchu II wojny światowej, zachowała swój pełny niezależność. Inaczej niż w przypadku utworzonej po zamachu majowym Rady Prawniczej, której twórcą i jednocześnie prezesem był ówczesny minister sprawiedliwości w rządzie Kazimierza Bartla – Wacław Makowski²². Do kompetencji Rady Prawniczej należało na zlecenie rządu opiniowanie projektów ustaw i rozporządzeń pod kątem ich zgodności z Konstytucją oraz całokształtem ustawodawstwa. Równocześnie jednak opinia taka nie miała charakteru wiążącego Radę Ministrów. W skład Rady Prawniczej wchodziło około 50 prawników. Zastępcę przewodniczącego Rady został Stanisław Bukowiecki²³. Jednakże całość to w swoim kształcie całkowicie podporządkowane ministrowi sprawiedliwości, pozbawione uprawnienia do wydawania obligatoryjnej i wiążącej opinii, stało się w efekcie tylko organem wewnętrznym resortu sprawiedliwości. Ostatecznie Rada Prawnicza po niespełnieniu rocznym funkcjonowaniu, poszczególna o polityczny charakter, zakończyła swoją działalność w lutym 1927 roku.

²¹ Cyt. za: S. Grodziski, *Komisja Kodyfikacyjna*, op. cit., s. 64.

²² Por. M. Mohyluk, *Porządkowanie prawa*, op. cit., s. 295.

²³ J. Markiewicz, *Kształtowanie się polskiego systemu*, op. cit., s. 117.

Obok wielkiego wkładu w tworzenie w odrodzonej Polsce fundamentów jednolitego systemu prawa oraz ustroju s downictwa, niebagatelne s te zasługi Bukowieckiego w pracach nad nową Konstytucją. Premier Ignacy Paderewski już na pierwszym posiedzeniu swojego gabinetu w styczniu 1919 roku uznał takie zadanie za jedno z zasadniczych, a jego wykonanie powierzył „specjalnej komisji złożonej z najbardziej fachowych sił z całej Polski”²⁴. W ten sposób 25 stycznia 1919 roku utworzona została składająca się z 30 osób komisja, zwana też Ankieta dla Oceny Projektów Konstytucji lub Ankieta Konstytucyjna. Jej zadaniem było opiniowanie projektów przyszłej Konstytucji, jakie napływały do Biura Konstytucyjnego Rady Ministrów. Jednak w praktyce ciało to zajęło się nie tylko opiniowaniem gotowych projektów, ale też tworzeniem własnego. Obok Stanisława Bukowieckiego w składzie komisji znalazły się rzeczywiście osoby o niezaprzeczalnym autorytecie i najwyższych walorach intelektualnych, jak między innymi J. drze Moraczewski, Ignacy Daszyński, Stanisław Kutrzeba, Wincenty Witos, Stanisław Wróblewski czy Michał Bobrzyński, któremu powierzono przewodniczenie pracom całego zespołu. To właśnie ten sławny „sta-czyk”, obok profesora prawa państwowego Stanisława Cybichowskiego i Stanisława Bukowieckiego tworzył ciałe grono członków Ankiety pracujących nad projektem przyszłej Konstytucji²⁵.

We wrześniu 1939 roku Stanisław Bukowiecki był człowiekiem 72-letnim, całkowicie samotnym i ociemniałym. Wybuch wojny, a później klęska Francji, spowodowały, że pogrzebony w depresji usiłował popełnić samobójstwo. Jednak odratowany, dzięki wsparciu przyjaciół oraz byłych współpracowników przetrwał niemal do końca okupacji. Co więcej nadal, w miarę możliwości, pozostawał aktywny. Publikował w prasie podziemnej, między innymi artykuł o układzie polsko-rosyjskim z lipca 1941 roku, w którym wyrażał poparcie dla polityki gen. Władysława Sikorskiego i zamieścił rozprawę o relacjach polsko-watykańskich. Przykładem uznania dla jego autorytetu była złożona mu przez Stefana Korbońskiego, członka Politycznego Komitetu Porozumiewawczego oraz zwierzchnika Kierownictwa Walki Cywilnej, propozycja, aby objął funkcję prezesa podziemnego sądu specjalnego. Bukowiecki jednak odmówił, a swoją decyzję uzasadnił w sposób racjonalny, względami dochowania zasad konspiracji. Stefan Korboński, który po latach wspominał swoje spotkanie z Bukowieckim, przyznał mu rację, pisząc, że „nawet nie należało do niego przychodzić z takimi propozycjami”.

²⁴ Cyt. za: K. Pol, *Poczet*, op. cit., s. 761.

²⁵ Zob. szerzej: K. Badziak, *W oczekiwaniu na przełom. Na drodze od odrodzenia do załamania państwa polskiego (listopad 1918 - czerwiec 1920)*, Łódź 2004, s. 64.

a przeciwnie, samemu dojdzie do wniosku, że człowiek lepy nie może być przewodniczącym podziemnego sądu²⁶. Równocześnie jednak stwierdził, że „pozostał jeden wielki zysk - błogosławieństwo Bukowieckiego dla podziemnego wymiaru sprawiedliwości”²⁷.

Stanisław Bukowiecki zmarł w wieku 77 lat, 9 lutego 1944 roku, sześć miesięcy przed wybuchem Powstania Warszawskiego.

O narodzie i ustroju państwa

Prowadzone przez Bukowieckiego rozważania na temat narodu wpisywały się w powojenną problematykę dyskusyjną, jak w latach międzywojennych prowadziło wielu ówczesnych badaczy²⁸. Wiąkszość z nich zgadzała się z płynnością i wieloznacznością terminu „naród” oraz wynikającymi z tego trudnościami związanymi z próbą sformułowania jego jednoznacznej definicji. Na przykład Marceli Handelsman podstawowo trudno upatrywał w niemożności uniwersalizacji pojęcia narodu. Pisał, że „trudno w uchwyceniu samego zjawiska polega na tym, że mamy tu do czynienia z czym płynnym i zmiennym zależnym od warunków istnienia poszczególnych grup narodowych”²⁹. Zdaniem Mieczysława Szerera „im mniej pewna jest rzeczywistość dostępu umysłowemu uchwyceniu, tym trudniej zbudować jej pojęcie tak, aby zaspokajało nasz potrzebę poznawczą”³⁰. Podobny pogląd wyrażał uznany znawca problematyki narodowościowej, a zwłaszcza ukraińskiej, również piłsudczyk, Leon Wasilewski, który twierdził, że rozważania nad istotą narodu należą do najtrudniejszych zadań badawczych, jakie stawiają przed sobą nauki społeczne, a także podkreślał, że problematyka narodowościowa stanie się w następujących dziesięcioleciach zagadnieniem „tak samo palącym jak kwestia społeczna”³¹.

Bukowiecki, podobnie jak wielu innych badaczy problematyki narodu, przyznawał, że próby zdefiniowania tego terminu muszą być skazane na porażkę. Nie można bowiem definiować tego pojęcia z uwzględnieniem takich czynników jak terytorium, rasa, język czy wyznanie,

²⁶ S. Korboński, *W imieniu Rzeczypospolitej*, Warszawa-Washington 2005, s. 87.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Szerzej pisze o tym: A. Wierzbicki, *Naród-państwo w polskiej myśli historycznej dwudziestolecia międzywojennego*, Wrocław-Warszawa-Kraków 1978, s. 57.

²⁹ M. Handelsman, *Rozwój narodowości współczesnej*, Warszawa 1923, s. 5.

³⁰ M. Szerer, *Idea narodowa w socjologii i polityce*, Kraków 1922, s. 15.

³¹ L. Wasilewski, *Narodowość współczesna*, [w:] *Sprawy narodowościowe w teorii i w życiu*, Kraków 1929, s. 1.

gdy wskazał na liczne przykłady społeczno ci zasługujących na miano narodu, które nie są jednolite rasowo (np. Amerykanie), nie mają wspólnego języka (np. Szwajcarzy) lub wyznania (np. Niemcy czy Anglicy)³². W jego przekonaniu głównym czynnikiem decydującym o uznaniu danej grupy za naród jest występowanie wśród jej członków tzw. wiadomości narodowej, która nie jest „kategorią czysto logiczną”, ale „uczuciowym absolutem”, utożsamianym przez niego *de facto* z patriotyzmem. Przyznać trzeba, że takie stanowisko Bukowieckiego nie było odosobnione. Zdecydowana większość badaczy okresu międzywojennego (ale też współcześnie) występowanie wiadomości narodowej uznawała za decydujące kryterium definiowania narodu. Pisali o tym wspomniani już Mieczysław Szerer³³ i Marcei Handelsman³⁴, ale też Adolf M. Bocheński³⁵, Roman Rybarski³⁶, jak też bliski Stanisławowi Bukowieckiemu, bo równie „zetowiec” Kazimierz Zakrzewski³⁷. Bukowiecki przekonywał, że występowanie wiadomości narodowej jako swoistego absolutu utożsamianego z patriotyzmem może występować jedynie w zbiorowościach znajdujących się na kolejnym etapie procesu narodotwórczego, a więc w narodach tzw. politycznych lub państwowych. Wiadomość narodowa niekoniecznie jednak musi występować w narodach dysponujących własnym państwem, choć oczywiście stan taki jest pożądanym i stanowi autentyczne i rzeczywiste ukoronowanie idei narodotwórczych. Równie społeczno ci ujarzmione, ale przejawiające zaawansowane aspiracje do utworzenia własnego państwa, zasługują na miano narodu. Jednak ich sytuacja jest skomplikowana nie tylko dlatego, że „państwo własne jest dla nich aspiracją i ideą, do której realizacji może być bardzo daleko”, ale przede wszystkim dlatego, że żyją w warunkach pewnego rozdarcia między dążeniami do własnej suwerenności a podległości obcemu państwu, a nawet konieczności współpracy z nim. Czyni to takie narody w pewnym sensie „kalekami”, pozbawionymi myślenia kategoriami państwowymi, obojętnymi wobec wszelkiej aktywności na rzecz wspólnoty, niejako zamkniętymi w sobie. Kryje się w tym – dowodził Bukowiecki – poważne niebezpieczeństwo uświadomienia państwa za „twórnię mniej wartościową”. Tendencje antypaństwowe, jak i charakterystyczne dla narodu zależnego od obcego reżimu, pozostawiają głębokie luki w wiadomości narodowej, przyczynia-

³² S. Bukowiecki, *Pojęcie narodu, a treść art. 9 Konstytucji*, Warszawa 1937, s. 3-5.

³³ M. Szerer, *Idea narodowa*, *op. cit.*, s. 19.

³⁴ M. Handelsman, *Rozwój narodowości*, *op. cit.*, s. 6.

³⁵ A.M. Bocheński, *Polityczne oblicze asymilacji narodowej*, „Droga” 1935, nr 6, s. 489.

³⁶ R. Rybarski, *Naród, jednostka, klasa*, Warszawa 1926, s. 176.

³⁷ K. Zakrzewski, *Przyczynki do socjologii narodu*, „Droga” 1930, nr 4, s. 289.

jęc się do takich negatywnych postaw jak skłonność do anarchii oraz niski stopień obywatelskiego zaangażowania³⁸. Oczywiście im naród byłby w innym państwie dojrzalszy, tym większe szanse na jego usamodzielnienie się. Tak się stało z Polakami. Bukowiecki, jako piłsudczyk, podkreślał wielkie znaczenie sił zbrojnych tworzonych jeszcze pod rządami obcego państwa, co było „ostatnim i najwyższym wyrazem odrębnego zorganizowania życia publicznego w narodzie ujarzmionym. [...] Takim objawem był ruch strzelecki w Polsce w ostatnich latach przed wojną, a dowodem genialnej przenikliwości Józefa Piłsudskiego był fakt, że właśnie w tym czasie do organizacji polskiej siły zbrojnej przystąpił”³⁹. Uznając ogromną rolę Legionów, jednak początki polskiego państwa wiązał z utworzeniem Tymczasowej Rady Stanu i wyłonieniem z niej departamentu wojskowego pod przewodnictwem Józefa Piłsudskiego⁴⁰.

Dla Bukowieckiego piłsudczyka podstaw jego myśli politycznej była racja stanu. Przypominał, że o ile w warunkach braku własnego państwa człowiek pojmie to utożsamiane było z interesem narodowym, tj. najwyższym dobrem narodu, to współcześnie oba te terminy są synonimami, a nawet nowe pojęcie racji stanu wchłonęło w siebie interes narodowy⁴¹. „adnej przeciwstawności tutaj nie może być – pisał – racja stanu jest przystosowaniem interesu narodowego do warunków z istnieniem państwa związanych”⁴². Dlatego, przekonywał, tak ważna jest silna akcentacja w Polsce tego momentu państwa. Dowodził, że należy propagować i uwidaczniać myślenie, że „właśnie państwo, tak konkretna, realna, uzbrojona w środki działania, najwyższa organizacja narodu jest naczelnym zbiorowiskiem ludzkim, że to właśnie państwu temu i wylicznie jemu służyć może polski patriotyzm narodowy, że patriotyzm pozapaństwowy jest obecnie w Polsce absurdem i że dobro państwa jako takiego stanowi naczelną sprawdzianą politycznego działania”⁴³. Formułując szkic programu dla niepodległej Polski na czoło zadał wysuwać postulat pokojowej państwowo-twórczej pracy. Przypominał, że po latach niewoli naród polski wszedł w tzw. okres statyczny. O ile wcześniej wszystko, co dotyczyło życia narodowego znajdowało się pod znakiem

³⁸ S. Bukowiecki, *Polityka Polski niepodległej. Szkic programu*, Warszawa 1922, s. 6.

³⁹ *Idem*, *Pojęcie narodu, a treść art. 9 Konstytucji*, *op. cit.*, s. 13.

⁴⁰ *Idem*, *Rola czynników wewnętrznych w utworzeniu nowej państwowości polskiej*, „Niepodległość” 1930, nr 3, s. 8.

⁴¹ *Idem*, *Polityka Polski niepodległej*, *op. cit.*, s. 4; podobnie: *idem*, *Pojęcie narodu, a treść art. 9 Konstytucji*, *op. cit.*, s. 30-31.

⁴² *Idem*, *Polityka Polski niepodległej*, *op. cit.*, s. 4.

⁴³ *Ibidem*.

zmiennie ci i tymczasowo ci, dzisiaj powinno ulega stopniowej stabilizacji. Jednak Bukowiecki zwracał uwagę, że ci, którzy jeszcze Polacy nie zdążyli wyzwolić się z tych uczuć. Pisał, że „zakończenie wielkiej wojny i utworzenie niepodległego państwa nie wykorzeniło tego uczucia, w czym nie ma nic dziwnego, skoro się zważy, że przez cały trzyletni, jak dotychczas, okres niepodległości nie zdążyliśmy jeszcze osiągnąć ostatecznych granic państwa, zlikwidować stosunków gospodarczych i prawnych, wynikłych z poprzedniego okresu niewoli, stworzyć podstaw ekonomicznych i finansowych bytu państwowego”⁴⁴. A zatem nawoływał, aby otrząsnąć się z tego stanu tymczasowości, uznać istnienie suwerennego bytu za niewzruszalny pewnik, zacząć rozumować jak prawdziwy gospodarz, który może spokojnie układać plan odbudowy i gospodarki na długi czas. Twierdził, że ochrona stabilizacji młodego państwa oraz spokojna praca nad jej „dobrym urządzeniem” jest celem pierwszoplanowym. Był w tym rozumowaniu bardzo bliski doktrynie obozu piłsudczyków. Jak bowiem wiadomo, nadzwyczajną wartość ich ideologii było państwo i przez jego pryzmat dokonywano oceny wszystkich innych zjawisk społecznych⁴⁵. Państwo utożsamiano z racją stanu, a także z racją narodu. Dopiero dzięki państwu naród ma szansę samorealizacji. Łeczne traktowanie obu terminów wynikało z wyrażenia nader często przez piłsudczyków przekonania, że naród bez państwa jest kaleką. Naród traktowany jako wspólnota zjednoczona organizacją polityczną powinien tworzyć jedno państwo.

Zbieżna z duchem tej formacji była także formułowana przez Bukowieckiego wizja ustroju politycznego, a zwłaszcza przekonanie, że młode państwo potrzebuje silnego rządu oraz połączonych z nim silnego przywództwa⁴⁶. Konsekwentnie stał na stanowisku trójpodziału władz, z wyraźnym rozdziałem kompetencyjnym legislatywy od egzekutywy, której głową miał być prezydent o mocnej pozycji ustrojowej. Był zwolennikiem wyboru prezydenta w głosowaniu powszechnym, co miałoby nadawać jego pozycji legitymację równą parlamentowi i jednocześnie zapewniać mu pewną niezależność od legislatywy. Umocnieniu pozycji głowy państwa sprzyjać miało także połączenie tej funkcji ze zwierzchnictwem nad siłami zbrojnymi. Prezydent miał być wodzem naczelnym

⁴⁴ *Ibidem*, s. 8.

⁴⁵ W. Paruch, *Od konsolidacji państwowej do konsolidacji narodowej. Mniejszości narodowe w myśli politycznej obozu piłsudczyckiego (1926-1939)*, Lublin 1997, s. 54; *idem*, *Obóz piłsudczykowski (1926-1939)*, [w:] *Więcej niż niepodległość. Polska myślenie polityczne 1918-1939*, red. J. Jachymek, W. Paruch, Lublin 2001, s. 113.

⁴⁶ Por. P. Waingertner, *Ruch zetowy*, *op. cit.*, s. 92-93; *Projekty konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 1920, s. 7-8.

nie tylko nominalnie. Rzeczywistą pozycję zapewnia mu miały specjalne prerogatywy, jak np. wyłaczno (bez asygnaty ministra) w wydawaniu aktów dotyczących spraw wojskowych. Głowie państwa przyznawał prawo rozstrzygania izb parlamentarnych (za ich wzajemną zgodą, wyrażaną zwykłą większością głosów). Popierał zasadę odpowiedzialności głowy państwa, ale jedynie politycznej. Za ewentualne nadużycia prezydent miał odpowiadać przed Sejmem Najwyższym. Z takim wnioskiem, przegłosowanym większością kwalifikowaną dwóch trzecich, mogła wystąpić każda z dwóch izb parlamentu. Sejm Rzeczypospolitej Polskiej składał się z dwóch izb. Jednak tylko jedna miała pochodzących z wyborów powszechnych. Wyśz natomiast tworzyli delegowani do niej w trzech czwartych przedstawiciele samorządu terytorialnego, a w jednej czwartej wybitni fachowcy, specjaliści w zakresie nauki, kultury oraz różnych dziedzin gospodarki. Jak jednak wiadomo Rada Ministrów w dniu 3 maja 1919 roku uchwaliła własny *Projekt Deklaracji Konstytucyjnej*, a 1 listopada tego samego roku rządowy projekt Konstytucji został wniesiony do łaski marszałkowskiej i osiem dni później przyjęty przez Komisję Konstytucyjną Sejmu. Miało to stanowić materiał i podstawę dyskusji nad przyszłym ustawem zasadniczym⁴⁷.

Swoje uwagi dotyczące kwestii ustrojowych przedstawił również Stanisław Bukowiecki w ramach dyskusji nad kolejną polską Konstytucją. W odpowiedzi na rozpisane w 1931 roku przez marszałka Kazimierza Witałskiego na potrzeby Sejmu III kadencji ankiety konstytucyjne konsekwentnie opowiadał się za silną pozycją urzędu prezydenta. W *Odpowiedzi na ankiety konstytucyjne* pisał: „Jednym z naczelných postulatów w dziedzinie konstytucyjnej wydaje mi się uznanie założeń ministrów i podwładnych im urzędników od prezydenta, bądź tego naczelnym kierownikiem urzędu państwa”⁴⁸. Popierał postulat dokonywania wyboru prezydenta w drodze powszechnego głosowania. W bezpośrednim nadaniu przez naród upatrywał bowiem – podobnie jak w dyskusji nad projektem Konstytucji marcowej – główne źródło legitymacji władzy prezydenta. Głowie państwa – jak poprzednio – powierzał naczelną dowództwo sił zbrojnych. Twierdził, że prezydent niepełni takiej funkcji „byłby pozbawiony najistotniejszej podstawy i rękoma swojej władzy”⁴⁹. W związku z tym postulował usunięcie art. 47 Konstytucji marcowej, ustanawiającego zakaz ograniczenia na czas wojny prezydenckich prerogatyw związanych z pełnieniem przez niego funkcji naczelnego wodza.

⁴⁷ Patrz szerzej: K. Badziak, *W oczekiwaniu na przełom...*, op. cit., s. 64.

⁴⁸ *Odpowiedź na ankiety konstytucyjne dr. Stanisława Bukowieckiego*, [w:] S. Bukowiecki, *Polityka Polski niepodległej. Wybór...*, op. cit., s. 194.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 195.

Uważał, że „osłabia to powagę naczelnika państwa polskiego, jest tak że dowodem osobliwej dla niego nieufności i skazuje go na zupełny bezwład w czasie wojny, tj. w okresie największego kryzysu sił państwowych”⁵⁰. Kontynuował swoje stanowisko co do zasady dwuizbowości parlamentu, z tym tylko, że opowiadał się za „uczynieniem z izby wyższej ciała samodzielnego, mającego własne oblicze polityczne i własny odrębny charakter”. Pisał, że tym wymaganiom nie czyni zadość aktualny Senat, który ze względu na sposób powstania, skład i okres urzędowania stanowi raczej „miniaturę izby poselskiej”. Kontynuował swój wyraz w debacie nad Konstytucją marcową, a także popieran przez bliskie mu środowisko zetowskie, wizję izby wyższej fachowców. W skład Senatu powinni wchodzić samorządowcy oraz przedstawiciele poszczególnych stowarzyszeń zawodowych oraz środowisk akademickich. Sprzeciwiał się natomiast zawartej w art. 21 Konstytucji marcowej zasadzie wyłącznej odpowiedzialności posła z tytułu jego aktywności również poza parlamentem. Uważał ten zapis za zbyt daleko idący. Pisał, że przemówienia posła np. podczas wiecu, „nie stanowi aktu poselskiego, nie są przewidziane w konstytucji, ani nie występują jako obowiązki poselskie w jakiegokolwiek ustawie określonej. [...] Nie są zatem wyłącznym uprawnieniem posła i nie ma zasady, dla której traktowanie go w następstwie takich przemówień miało być odmienne od traktowania innych obywateli”⁵¹.

O mniejszościach narodowych

Poglądy Stanisława Bukowieckiego na skomplikowane problemy narodowościowe Drugiej Rzeczypospolitej zasługują na szczególną uwagę. Prezentował się w nich bowiem nie tylko jako zwolennik poszanowania praw mniejszości narodowych. Jego propozycje dotyczące rozwiązania tej złożonej kwestii szły znacznie dalej niż stanowisko obozu piłsudczyków. Zbliżyły się raczej do koncepcji PPS. Wyrazem zainteresowania Bukowieckiego zagadnieniami narodowościowymi była jego współpraca z utworzonym w grudniu 1921 roku Instytutem Badań Spraw Narodowościowych. Obok takich znakomitych postaci, jak między innymi Szymon Askenazy, Marceł Handelsman, Ludwik Krzywicki, Stanisław Thugutt czy Leon Wasilewski, należał do grona twórców tej instytucji⁵².

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*, s. 203.

⁵² Szeroko o INBSN pisze: O. Grott, *Instytut Badań Spraw Narodowościowych i Komisja Naukowych Badań Ziem Wschodnich w planowaniu polityki II Rzeczypospolitej na Kresach Wschodnich*, Kraków 2013, s. 37.

Szczególnie uwagi po wi cił Bukowiecki mniejszości ukraińskiej. Nie może to budzić zdziwienia, jeżeli przypomnimy, że to właśnie Ukraińcy stanowili w wielobarwnej mozaice etnicznej Drugiej Rzeczypospolitej grup nie tylko najliczniejszą, ale tę stanowiącą dla polskiej polityki wewnętrznej niezwykle skomplikowany problem⁵³. Oczywiście kwestia przyznania Ukraińcom prawa do nazywania się narodem nie budziła najmniejszych wątpliwości Bukowieckiego. Jednak warto podkreślić, że takiego punktu widzenia nie podzielały wszystkie bez wyjątku ugrupowania polityczne tego okresu. Szczególnie negatywne stanowisko zajmowała oczywiście Narodowa Demokracja, której koncepcję charakteryzowało lekceważenie prawa Ukraińców do ich narodowego bytu i rozwijania narodowych aspiracji. Ideolodzy tej formacji konsekwentnie nazywali Ukraińców „szczepem”, „odłamem narodu polskiego” lub „plemieniem”, a język ukraiński określali mianem „narzecza”. Roman Dmowski opowiadał się za wykreśleniem kwestii ukraińskiej z programu polskiej polityki zewnętrznej. Stał na stanowisku, że kwestia ta powinna być rozpatrywana wyłącznie jako element polityki wewnętrznej państwa, a wszelkie inicjatywy zmierzające w kierunku rozbudzenia ukraińskich aspiracji niepodległościowych nazywał „podpalaniem domu po to, żeby się od niego zaczął dom się sypała”⁵⁴. Z kolei konserwatyści przypisywali Ukraińcom „mentalno hajdamackie”, skłonno do awanturnictwa i snucia romantycznych iluzji oderwanych od rzeczywistości, a także pewien kompleks niszczący wobec Polaków, będący źródłem wrogości, a nawet agresji. Choć nie sposób odmówić im woli poszukiwania dróg porozumienia z Ukraińcami i ułożenia z nimi w miarę poprawnych stosunków, to jednak w kreśleniu tego *modus vivendi* nie potrafili uwolnić się od traktowania Ukraińców w sposób protekcyjny. Często przypisywali Polsce wyjątkowość misji cywilizacyjnej oraz rolę przewodnika „nieoświeconych Rusinów”. Choć często podkreślali wolę akceptacji ukraińskich aspiracji narodowych, jednak ta akceptacja nie była bezwarunkowa, w zamian oczekiwali bowiem od mniejszości ukraińskiej pełnej lojalności wobec państwa polskiego. Natomiast piłsudczycy nie mieli wątpliwości co do tego, że Ukraińcy są narodem w pełnym tego słowa znaczeniu. Podobnie jak socjaliści uważali, że powstanie nie-

⁵³ Szerzej pisz o tym: S. Bukowiecki, *Ukraina i Ukraińcy w polskiej myśli politycznej od końca XIX wieku do wybuchu II wojny światowej*, Kraków 2013, por. też: Litwini i Ukraińcy w polskiej myśli politycznej (do wybuchu II wojny światowej), [w:] *Historia est testis temporum. Księga pamiątkowa z okazji jubileuszu 90-lecia Profesorów Richarda Pipesa, Piotra Wandycz, Zbigniewa Wójcika*, red. J. Malicki, Warszawa 2017, s. 317-339.

⁵⁴ R. Dmowski, *Wiat powojenny i Polska*, Warszawa 1931, s. 272.

podległej Ukrainy leży w interesie Polski, gdy w ten sposób zabezpieczaj od Rosji. Wydaje się jednak, że ten aspekt niewątpliwie w tym nie był sytuowany na pierwszym miejscu piłsudczyckiego programu politycznego. Tym natomiast, co było w nim najważniejsze, to koncepcja konsolidacji i polityka asymilacji państwowej, których założenia wynikały z postulatów prymatu państwa oraz solidarystycznej koncepcji narodu polskiego. Realizacja wynikająca z takich założeń polityki narodowo państwowej nie kłóciła się – w przekonaniu obozu – z postulatem poszanowania praw mniejszości narodowych. Polityk konsolidacji państwowej utożsamiano z dążeniem do pogodzenia interesu państwowego z interesami obywateli obcych narodowo państwu. One te miały w dalszej perspektywie wejść w skład „wielkiego narodu politycznego obywateli całej Rzeczypospolitej bez względu na narodowość i wyznanie”⁵⁵. Piłsudczycy głosili pogląd, że ugodowa polityka narodowo państwowa leży w interesie Polski, ponieważ ciesząc się licznymi swobodami mniejszości narodowe dalekie będą od postaw antypaństwowych. Polityk asymilacji zamierzano realizować na drodze pozyskania mniejszości dla „pracy zgodnej i twórczej”. Rzeczypospolita postrzegana jako dobro wspólne oczekiwała od swych obywateli – bez względu na narodowość – pełnej lojalności. Przejawy braku tej lojalności – coraz wyraźniejsze w związku z radykalizującym się ukraińskim ruchem narodowym – odbierane były w kategoriach zagrożenia stabilności Polski i miały stopniowo prowadzić do wyrażonej po 1935 roku zmiany nastawienia piłsudczyków w kierunku asymilacji narodowej. Jednak piłsudczycy, podobnie jak inne stronnictwa polityczne, nie potrafili wypracować skutecznego programu narodowo państwowego wobec mniejszości ukraińskiej. Wyrażnie oscylowali między ideami federacyjnymi i konsolidacyjnymi a postulatami asymilacji narodowej, której przejawem miało być uciekanie się do metod polonizacyjnych przywrócenie mniejszości ukraińskiej do polskiej państwowości.

Stanisław Bukowiecki doskonale rozumiał wagę problemu ukraińskiego. Przemawiały za tym w jego przekonaniu co najmniej dwie zasadnicze przyczyny. Po pierwsze uważał, że Ukraińcy zasługują na miano narodu. Co prawda zastrzegał, że bymó proces tworzenia się ich wiadomości nie jest jeszcze „zupełnie utrwalony i skonsolidowany na podobieństwo narodów historycznych Europy”⁵⁶, jednak nie można pójść drogą unifikacji, rozwijania „bardzo pociągającego i najłatwiejszego”⁵⁷, ale równocześnie nie brzemiennej w fatalne następstwa. Pisał,

⁵⁵ J. Grabiec, *W sprawie polityki narodowo państwowej*, „Droga” 1924, nr 8, s. 23.

⁵⁶ S. Bukowiecki, *Polityka Polski niepodległej. Wybór., op. cit.*, s. 96.

⁵⁷ *Ibidem*.

„... taka polityka może jedynie doprowadzić do „stanu cięłego wrzenia i walki”⁵⁸. Bukowiecki uważał kwestię ukraińską za niezwykle istotną także ze względu na to, że w odróżnieniu np. od Białorusinów, którzy nie przejawiają na terytorium Polski poważniejszych aspiracji politycznych, Ukraińcy, zwłaszcza w Galicji Wschodniej, „stanowią samodzielne, niejako odrębne jądło życia politycznego i aspiracji samych w sobie”⁵⁹. Pisał, że „w tym stosunkowo małym fragmencie Ukrainy, jakim jest terytorium należące do Polski, jest jednak znacznie więcej wiadomych dążeń politycznych, pewnego przygotowania państwowego, aniżeli w pozostałej wielkiej Ukrainie. [...] Ruch ukraiński w Galicji ma za sobą stoletnie dzieje, ma za sobą uznanie narodu ukraińskiego przez Austrię, [...] ma za sobą ostrą przeciwstawność Polsce w ciągu całej wojny, proklamowaną wobec całego świata”⁶⁰. Uważał zatem, że nie można liczyć na to, że „Ukraińcy mogą stać się członkami narodu polskiego w znaczeniu politycznym i uznają polską rację stanu za własną”⁶¹. Taki program byłby w jego przekonaniu „czymś zgoła nierealnym, nie tylko na dobie obecnej, ale i na bardzo jeszcze długi okres czasu”⁶². Wyrażał bliższe obojętności socjalistów i piłsudczyków (do połowy lat trzydziestych) przekonanie, że polityka państwa polskiego wobec mniejszości narodowych powinna polegać na takim zorganizowaniu im warunków życia politycznego, „aby miały zabezpieczone być i rozwój swoich odrębnych właściwości w zakresie kultury, a przede wszystkim języka i wyznania i w ogóle we wszystkich pozapolitycznych dziedzinach życia”⁶³.

W związku z tym, uznając politykę asymilacji państwowej mniejszości ukraińskiej za całkowicie nierealną, wystąpił z własnym programem przyznania Galicji Wschodniej statusu autonomicznego. Warto pamiętać, że koncepcje rozwiązywania problemu mniejszości narodowych na drodze nadania im autonomii były obecne w polskiej myśli politycznej okresu Drugiej Rzeczypospolitej⁶⁴. Z takimi propozycjami występowali bowiem nie tylko ugrupowania polityczne, ale były też formułowane przez indywidualnych polityków lub osoby w różny sposób zaangażowane

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ibidem*, s. 109.

⁶⁴ Pisze o tym szerzej: B. Stoczewska, *Autonomia narodowo-ciowa jako koncepcja rozwiązywania problemu mniejszości narodowych w europejskiej (głównie polskiej) myśli politycznej XIX i XX wieku*, [w:] *Krakowskie studia z historii państwa i prawa*, t. 3, red. W. Uruszczak, D. Malec, M. Mikuła, Kraków 2010, s. 357-375.

owane w publicznej działalności innych na rzecz mniejszości narodowych. Konieczność konstytucyjnych gwarancji praw dla tych mniejszości nie budziła wątpliwości już u zarania odrodzenia państwa polskiej. Jednak na tym etapie formułowano tylko bardzo ogólne propozycje, mające charakter wybitnie ramowy. Po raz pierwszy kwestia ochrony praw mniejszości narodowych podjęto w trakcie prac Komisji Sejmowo-Konstytucyjnej Tymczasowej Rady Stanu, która 28 lipca 1917 roku, a więc na prawie dwa lata przed podpisaniem tzw. małego Traktatu wersalskiego, uchwaliła postanowienie gwarantujące mniejszościom narodowym „swobodę rozwoju narodowego i kulturalnego w granicach państwa”⁶⁵. Ostatecznie uchwalone po dyskusji brzmienie tego postanowienia odnosiło się do mniejszości narodowych bez dokonywania w ich obrębie rozróżnienia na zwarte lub rozproszone, jak również bez oznaczania kryterium obywatelskości. Ponadto przez użycie sformułowania „w granicach państwa” projektodawcy wykluczyli możliwość nadania niektórym obszarom państwa polskiego statusu autonomii. Jednak do tej koncepcji powrócono już w trakcie prac nad Konstytucją.

Rzeczywisty projekt Konstytucji zgłoszony w Sejmie 3 listopada 1919 roku w art. 84 w sposób ogólny zabezpieczał prawa mniejszości narodowych w ciałach samorządowych oraz „prawo ich znoszenia się z władzami państwowymi w języku własnym [...] przy uznaniu języka polskiego jako państwowego”⁶⁶. Nieco pełniejsze odniesienie do rozwijania autonomicznego zawierał projekt klubu sejmowego PSL Wyzwolenie. Projekt ten porządkował mniejszościom narodowym „samorząd w sprawach narodowych i kulturalnych”, ale wyłączenie na „obszarze ich osiedlenia”, a więc zasada ta odnosiła się miała tylko do mniejszości tzw. zwartych⁶⁷. Ogólnikowo tego projektu przejawiała się ponadto w braku propozycji dotyczących konkretnych form organizacyjnych samorządu narodowo-kulturalnego w ustroju politycznym całego państwa.

Po raz pierwszy w sposób wyraźny koncepcja autonomii terytorialnej dla mniejszości narodowych pojawiła się natomiast w projekcie Związku Polskich Posłów Socjalistycznych, jaki został zgłoszony do Sejmu 27 maja 1919 roku przez Mieczysława Niedziałkowskiego. Według art. 7 tego projektu ziemie Rzeczypospolitej o ludności mieszanej pod względem narodowym lub w przeważającej części niepolskiej stanowiła od-

⁶⁵ L. Zieleniewski, *Zagadnienie mniejszości narodowych w Konstytucji Rzeczypospolitej. Zarys historyczno-dogmatyczny*, Warszawa 1935, s. 4.

⁶⁶ *Projekty konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 1920, s. 11.

⁶⁷ L. Zieleniewski, *Zagadnienie mniejszości narodowych*, op. cit., s. 11.

republice jednostki administracyjne⁶⁸. Ponadto projektodawcy przewidywali utworzenie tzw. rad ziemskich sprawujących określone odrębne prerogatywy władz na terenach autonomicznych oraz powołanie przyrządów dla ciwyc ministrów dla spraw danej ziemi lub narodowości. Idea autonomii narodowościowej była przedmiotem debaty w środowisku polskich socjalistów, debaty o tym, czy i w jakiej formie, gdy w końcu nie doszło do stanowiska i odmienne poglądy⁶⁹. Ostatecznie zwyciężyła koncepcja Niedziałkowskiego i nowy projekt autonomii terytorialnej dla ziem Rzeczypospolitej zamieszkałej w większości przez ludność ukraińską w styczniu 1925 roku został ponownie wniesiony do Sejmu i skierowany do Komisji Konstytucyjnej. Zgodnie z jego założeniami prowincja autonomiczna miała być wyposażona we własne organy władzy ustawodawczej (sejm krajowy), wykonawczej (podległy mu aparat urzędniczy z ministrem krajowym na czele) oraz sądowniczej (sądy krajowe). Uprawnienia legislacyjne sejmowi były do szerokie i obejmowały kwestie związane ze szkolnictwem, wyznaniem, a także organizacją administracji i sądownictwa oraz polityk rolną, przemysłową, sprawami komunikacji i bezpieczeństwa wewnętrznego⁷⁰. Jak jednak wiadomo zarówno wniosek z 1925 roku, jak również kolejna, podobna inicjatywa PPS z października 1931 roku – pozostały w sferze projektów. Propozycja socjalistów okazała się zbyt radykalna dla większości polskich partii politycznych, zwłaszcza prawicowych i centrowych. Nie satysfakcjonowała również Ukraińców, siłających w swych aspiracjach znacznie dalej.

Stanisław Bukowiecki przede wszystkim odniósł się do kwestii zasięgu terytorialnego proponowanej przez siebie autonomii. Autonomii terytorialnej uznawał za zdecydowanie najlepsze rozwiązanie. Krytykował inne jej warianty, jak np. koncepcję Karla Rennera, która opierała się najogólniej mówiąc na tym, by wyposażone w osobowość prawną narody tworzyły korporacje o charakterze związku publiczno-prawnego, do którego przynależno miałyby się opierać na zasadzie osobistej deklaracji⁷¹. Uważał, że przyznanie statusu autonomii odrębnym związ-

⁶⁸ *Projekty konstytucji...*, op. cit., s. 49.

⁶⁹ Szerzej zob. M. Liwa, *Dwa socjalistyczne projekty autonomii terytorialnej dla Ukraińców w II Rzeczypospolitej*, [w:] *Polska i jej wschodni sąsiedzi*, red. A. Andrusiewicz, Rzeszów 1997, s. 316; por. też R. Backer, *Polska Partia Socjalistyczna wobec postulatu autonomii terytorialnej Galicji Wschodniej*, [w:] *Polska i Ukraina. Sojusz 1920 roku i jego następstwa*, red. Z. Karpus, W. Rezmer, E. Wiszka, Toruń 1997, s. 397.

⁷⁰ M. Liwa, *Dwa socjalistyczne projekty...*, op. cit., s. 320.

⁷¹ Szerzej zob. M. Waldenberg, *Ostatni projekt rozwiązania kwestii narodowych w monarchii Habsburgów*, [w:] *Socjologia. Teoria i działanie, księga pamiątkowa ku czci Władysława Markiewicza*, red. K. Doktor, W. Kwańiewicz, A. Kwilecki, Warszawa

kom mniejszości doprowadzi do gettyzacji, a przede wszystkim do destabilizacji polskiej państwowości, gdy grozi mu przeobrażeniem się Polski w zwięź grup narodowościowych czy etniczno-wyznaniowych będących ze sobą w stosunku cięgiego współzawodnictwa”.

Zdaje sobie sprawę z trudności związanych z interpretacją samego terminu „Galicja Wschodnia”⁷², proponował, aby autonomię objęte zostały dwa województwa: stanisławowskie i tarnopolskie, bez województwa lwowskiego. W tym punkcie jego koncepcja różniła się od PPS-owskiej. Zgodnie bowiem z jednym z socjalistycznych projektów status autonomii miał być przyznany również województwu lwowskiemu, jednak z wyłączeniem samego miasta Lwowa. Bukowiecki również nie miał wątpliwości co do tego, że status tego miasta, będącego przecież „jedną z najcenniejszych pereł Rzeczypospolitej”, musi pozostać niezmieniony. Podobnie jak Drohobycz i Borysław – zagłębie naftowe, określające w znacznym stopniu gospodarcze stanowisko Polski na wiecie. Twierdził więc, że „oddawanie tych bogactw pod administrację autonomiczną byłoby połączone ze znacznym uszczerbkiem dla naszego stanu posiadania”⁷³. Bukowiecki twierdził, że proponowane przez niego rozwiązanie „stanowiłoby dla Polski wyjście korzystniejsze od ograniczonej autonomii na całym obszarze Rusi Halickiej”⁷⁴. Jego propozycja nie była tak szczegółowa jak projekt PPS-u. Podstawą autonomii terytorialnej w ujęciu Bukowieckiego miała być odrębna legislatura. Proponował, aby posłowie z obszarów objętych autonomią zasiadali w Sejmie RP, jedynie na zasadach delegacji. Zachować by mieli prawo do udziału w opracowywaniu najważniejszych spraw o charakterze ogólnopaństwowym, jednak bez prawa głosowania.

Bukowieckiego rozważania dotyczące szeroko rozumianej problematyki narodowościowej stanowiły niewątpliwie ważny głos w dyskusji, jaka nad tymi skomplikowanymi zagadnieniami prowadzona była w Polsce w latach międzywojnia. Na uznanie zasługuje zwłaszcza jego stanowisko nacechowane tolerancją i poszanowaniem praw mniejszości narodowych. Równocześnie nie należy stwierdzić, że zarówno jego koncepcja, jak i wiele innych inicjatyw podejmowanych przez ró-

1997, s. 319 oraz H. Wereszycki, *Pod berłem Habsburgów*, Kraków 1975, s. 230-232.

⁷² Por. H. Batowski, *Pojęcie polityczne Galicji Wschodniej*, [w:] *Ukrainska myślenie polityczne w XX wieku*, red. M. Pułaski, „Zeszyty Naukowe UJ. Prace Historyczne” 1993, z. 103, s. 34.

⁷³ S. Bukowiecki, *Polityka Polski niepodległej. Wybór.*, op. cit., s. 132.

⁷⁴ *Ibidem*, s. 133.

ne środowiska Drugiej Rzeczypospolitej, najczęściej pozostawały bez echa. Mimo pewnych prób ustalenia podstawowych zasad wewnętrznej polityki narodowo państwowej kolejne rządy nie były w stanie wypracować jednolitej koncepcji ułożenia poprawnych stosunków z mniejszościami narodowymi stanowiącymi przecież a trzecią część ogółu polskiego społeczeństwa. Z pewnością nie było to łatwe, zwłaszcza w odniesieniu do mniejszości ukraińskiej, tak licznej, obciążonej często bardzo negatywnymi i osadzonymi w tradycji historycznej emocjami, a nadto niewiedzącej swojej przyszłości z Polską, traktującej obecnie w niej jako tylko pewien etap na drodze do utworzenia własnego państwa, albo dążącej do oderwania się od Polski i włączenia w struktury polityczne Związku Radzieckiego.

Adam Strzelec

Rejestr Sprawców Przestępstw na Tle Seksualnym

Pan Profesor Jan Widacki to bez wątpienia postać wyjątkowa. Znany jest powszechnie jako wyśmienity prawnik, adwokat, naukowiec, dyplomata, polityk, miłośnik historii czy publicysta. W każdym z tych pól aktywności jego dorobek jest imponujący. Mając zaszczyt uczestniczyć wiele lat temu w wykładach Pana Profesora, z przyjemnością i bez żadnego pochlebstwa stwierdzam, że były to jedne z najciekawszych wykładów akademickich, zaliczane do grupy tych, które pamięta się i miło wspomina przez całe życie. Profesor Widacki nie tylko posiada ogromną wiedzę, ale potrafi się nią dzielić z innymi, czyniąc to jednocześnie z wysublimowanym poczuciem humoru. A nie jest to rzecz łatwa. Składając Panu Profesorowi Janowi Widackiemu serdeczne życzenia dalszej wytrwałości, pragnę jednocześnie podziękować za to, że dzięki wszechstronnej wiedzy i nieugiętej postawie życiowej udało się do tego, w co wierzę, a w obecnych czasach taki pozytywny nonkonformizm powinien być szczególnie doceniany.

Jednym z aspektów działalności naukowej Szanownego Jubilata są zagadnienia związane z przestępczością na tle seksualnym. Profesor występował w tego typu sprawach m.in. jako ekspert zajmujący się badaniami poligraficznymi sprawców przestępstw seksualnych, w trakcie których mógł w praktyce wykorzystać rozległą wiedzę o zjawisku prze-

st pcz o ci seksualnej. W zwi zku z tym pragn po wi ci Profesorowi Janowi Widackiemu krótki tekst dotycz cy najwa niejszych problemów zwi zanych z utworzeniem w polskim systemie prawnym Rejestru Sprawców Przest pstw na Tle Seksualnym (dalej jako Rejestr)¹.

„Pedofil wychodzi na wolno i znów atakuje”, „Pedofil znów zaatakował”, „Pedofil recydywista wyszedł z wi zienia i znów zaatakował” - to tylko kilka z ty si cy pojawiaj cych si co jaki cz as w mediach informacji o problemie przest pcz o ci seksualnej, przez któr , nie wie dzie czemu, rozumie si współcze nie przede wszystkim pedofili². Po wej ciu w ycie kodyfikacji karnych w 1998 r. proces zmian w zakresie tzw. przest pstw seksualnych rozpocz ł si w 2004 r. Wi ksz o zmian w tym zakresie miała na celu zwi kszenie ochrony małoletnich³. Proces ten trwa do dzi i polega przede wszystkim na zaostrzaniu sankcji gro cych za popełnienie przest pstw seksualnych przeciwko małoletnim. Ponadto w 2015 r. dokonano istotnej zmiany w obr bie rodków zabezpieczaj cych stosowanych wobec sprawców przest pstw popełnionych w zwi zku z zaburzeniem preferencji seksualnych (art. 93c pkt 3 k.k.⁴), wobec których mo na stosowa r odek w postaci terapii (farmakoterapii, psychoterapii czy psychoedukacji).

Obserwuj c doniesienia medialne, mo na wi c odnie wra enie, e zjawisko pedofilii jest zjawiskiem bardzo powszechnym. Jednak e trzeba jasno wskaza , e przest pstwa seksualne to nie tylko zachowania okre lane mianem pedofilii, ale tak e inne zachowania, które godz w sfer wolno ci seksualnej lub obyczajno ci, jak np. przest pstwo zgwałcenia, kazirodztwo, pornografia czy przest pstwa zwi zane z prostytucj . Bior c pod uwag dane statystyczne, z których wynika,

¹ Rejestr Sprawców Przest pstw na Tle Seksualnym został wprowadzony na mocy ustawy z dnia 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagro eniom przest pcz o ci na tle seksualnym (Dz.U. z 2016 r. poz. 862 ze zm.) i zacz ł funkcjonowa z dniem 1 pa dziernika 2017 r. (dalej jako u.p.z.p.s.).

² Zgodnie z ICD-10 przez poj cie pedofilii (kod statystyczny F 65.4) rozumie si „preferencje seksualne osoby dorosłej w stosunku do dzieci, zwykle w wieku przedpokwitaniowym lub we wczesnym okresie pokwitania”; S. Pu y ski, J. Wciórka, *Mi dzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych. Rewizja dziesi ta. Klasyfikacja zaburze psychicznych zaburze zachowania w ICD-10. Opisy kliniczne i wskazówki diagnostyczne*, Kraków-Warszawa 2000.

³ Ustawa z dnia 18 marca 2004 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny, ustawy - Kodeks post powania karnego oraz ustawy - Kodeks wykrocze (Dz.U. z 2004 r. Nr 69, poz. 626), znowelizowała niektóre przest pstwa seksualne zawarte w roz dziale XXV k.k. (art. 200 k.k. i 202 k.k.).

⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 ze zm.).

ę liczba przepływów seksualnych na przestrzeni ostatnich lat maleje⁵, zauważyć trzeba pewien paradoks: pomimo faktycznego spadku liczby tego typu przepływów informacje o ich popełnieniu są bardzo chętnie nagłaśniane w mediach masowego przekazu, co w społeczeństwie buduje mylne przekonanie, że faktyczna liczba przepływów seksualnych jest duża i wciąż rośnie. Podanie do publicznej wiadomości informacji, że ktoś dopuścił się przepływu na tę seksualnym w stosunku do dziecka budzi u odbiorców szczególnie negatywne emocje, a to z kolei stanowi czysto swego rodzaju powód dla ustawodawcy, który, dokonując zmian w tym zakresie, liczy na uzyskanie większego kapitału politycznego. Jednym z przejawów działalności ustawodawcy w tym zakresie jest ustawa z dnia 13 maja 2017 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniu przestępstwami na tę seksualnym, którą uznaje się za przejaw populizmu penalnego. Ustawa ta określa szczególne środki ochrony przeciwdziałające zagrożeniom przestępstwami na tę seksualnym, którymi zgodnie z art. 3 są: 1) Rejestr Sprawców Przepływów na Tę Seksualnym; 2) obowiązki pracodawców i innych organizatorów w zakresie działalności związanej z wychowaniem, edukacją, wypoczynkiem, leczeniem małoletnich lub opieką nad nimi; 3) określenie miejsc szczególnego zagrożenia przestępstwami na tę seksualnym. Poza Rejestrem publicznym, do którego dostęp ma każdy, utworzono również Rejestr z dostępem ograniczonym (dostępny tylko dla określonej w ustawie grupy podmiotów, m.in. sądów, prokuratur, Policji oraz innych wymienionych w art. 12 u.p.z.p.s.).

W zakresie postępowania ze sprawcami przepływów seksualnych wyróżniają się dwa dominujące w świecie modele: model ochrony społeczno lokalnej (*community protection model*, np. w USA, Australii, Nowej Zelandii, Kanadzie czy Wielkiej Brytanii) oraz model pracy klinicznej (*clinical work model*, który funkcjonuje m.in. w Czechach, Holandii, Niemczech, Francji, Danii czy Włoszech)⁶. Głównymi założeniami pierwszego z nich jest tworzenie rejestrów sprawców przepływów seksualnych, informowanie społeczeństwa o zagrożeniach związanych

⁵ Dla przykładu liczba stwierdzonych przepływów zgwałcenia (art. 197 § 1-4 k.k.) od 2000 r. do 2015 r. zmniejszyła się systematycznie o ponad połowę (z 2399 w 2000 r. do 1144 w 2015 r.). W 2016 r. liczba przepływów stwierdzonych wzrosła do poziomu 1383.

⁶ A. Morawska, *Strategie postępowania ze sprawcami przepływów seksualnych wobec dzieci na przykładzie wybranych krajów*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria. Badania. Praktyka” 2004, nr 7, s. 2; za: Scottish Executive Home Office, *Report of the Committee on Serious Violent and Sexual Offenders, Part two. Overseas visits*, 1999, dostępne na: www.scotland.gov.uk [stan na: 10.06.2014].

z przestępstwa seksualnego, nadzorowanie sprawców po opuszczeniu zakładów karnych czy także kontrola procesu rekrutacji osób podejmujących pracę związane z edukacją i wychowaniem dzieci i młodzieży. Model pracy klinicznej polega przede wszystkim na oddziaływaniu terapeutycznym na sprawcę przestępstw seksualnych, zarówno w trakcie, jak i po odbyciu kary. W który model wpisuje się polski system prawny? Już od 2005 r.⁷ funkcjonuje tryb zabezpieczający orzekany wobec sprawców przestępstw seksualnych w postaci terapii. W wyniku nowelizacji kodeksu karnego, która weszła w życie 1 lipca 2015 r.⁸, dokonano istotnych zmian w zakresie trybów zabezpieczających. Obecnie, zgodnie z art. 93a k.k., trybem zabezpieczającym orzekanym wobec sprawcy przestępstwa popełnionego w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych może być poza terapią również elektroniczna kontrola miejsca pobytu, a także pobyt w zakładzie psychiatrycznym. Ponadto, zgodnie z art. 96 § 1 k.k.w.⁹, skazani za przestępstwo określone w art. 197-203 k.k. (czyli przestępstwo zawarte w rozdz. XXV k.k., zatytułowanym *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, z wyjątkiem art. 204 k.k.) odbywają karę w systemie terapeutycznym. Zgodnie z powyższym należy, że polski system prawny postępuje ze sprawcami przestępstw seksualnych zbudowany był na podstawie modelu pracy klinicznej (terapeutycznej). Był, ponieważ z chwilą wprowadzenia do tego systemu w 2017 r. Rejestru pojawił się w nim silny akcent modelu ochrony społecznej i lokalnej. Stwierdzić należy, że obecnie funkcjonuje w tym zakresie w polskim systemie prawnym model mieszany. Trudno w mojej ocenie stwierdzić, że jeden z tych modeli przeważa. Zarówno terapia, jak i Rejestr ingerują w sposób bardzo istotny w system prawny i wolność przysługujących sprawcom przestępstw seksualnym. W niniejszym opracowaniu pominięto kwestie dotyczące wpływu modelu pracy klinicznej na polski system prawny, zajmując się jedynie zagadnieniami związanymi z Rejestrem, który jest nowością w polskim systemie prawnym.

⁷ Zob. ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny, ustawy - Kodeks postępowania karnego i ustawy - Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 205 r. Nr 163, poz. 1363 ze zm.); dodano do kodeksu karnego art. 95a, który przewidywał możliwość umieszczenia sprawcy po odbyciu kary pozbawienia wolności orzeczonej za przestępstwo popełnione w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych w zakładzie zamkniętym albo skierowanie go na leczenie ambulatoryjne, w czasie których stosowana była odpowiednia terapia.

⁸ Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny i niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r. poz. 396). Ustawa weszła w życie 1 lipca 2015 r.

⁹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 1997 r. Nr 90, poz. 557 ze zm.).

Ju na wst pie zauwa y nale y, e w tytule omawianej ustawy u yte zostało okre lenie „przepistwa na tle seksualnym”, które dotychczas nie funkcjonowało w adnym polskim akcie prawnym¹⁰. Zgodnie z art. 2 u.p.z.p.s. przepistwo na tle seksualnym obejmuje przepistwa przeciwko wolno ci seksualnej wymienione w rozdziale XXV k.k., z wył czeniem przepistw okre lonych w: 1) art. 201 k.k., chyba e zostały popełnione na szkod małoletniego; 2) art. 202 § 1 k.k.; 3) art. 202 § 3 k.k., polegaj cych na prezentowaniu tre ci pornograficznych zwi zanych z prezentowaniem przemocy lub posługiwaniem si zwierz ciem; 4) art. 202 § 4a k.k.; 5) art. 202 § 4b k.k., polegaj cych na przechowywaniu lub posiadaniu tre ci pornograficznych przedstawiaj cych wytworzony albo przetworzony wizerunek małoletniego uczestniczego w czynno ci seksualnej; 6) art. 202 § 4c k.k.; 7) art. 204 § 1 i 2 k.k., chyba e zostały popełnione na szkod małoletniego.

Definicja ta budzi w tpliwo ci. Zawarto w niej odesłanie do rozdz. XXV k.k. zatytułowanego *Przepistwa przeciwko wolno ci seksualnej i obyczajno ci*. Głównym przedmiotem ochrony przepistw zamieszczonych w tym rozdziale jest „wolno seksualna” i „obyczajno ”. Co oczywiste, poj cia te nie s synonimami. Przez wolno seksualn rozumie si w doktrynie „prawo do samostanowienia w zakresie decydowania o swoim post powaniu i podejmowaniu decyzji co do własnych zachowa seksualnych”¹¹. Ochrona wolno ci seksualnej wi e si wi c przede wszystkim ze sfer intymn człowieka, która powinna pozosta wolna od jakichkolwiek zamachów lub nacisków. Podobny pogł d w tym zakresie wyra a Jarosław Warylewski, który stwierdza, e wolno seksualna jest wolno ci człowieka do swobodnego dysponowania własnym yciem seksualnym, ale korzystanie z tej wolno ci nie mo e narusza przepisów prawa, dobrych obyczajów ani praw innych osób¹². Tak rozumiana wolno seksualna charakteryzuje si zarówno aspek-

¹⁰ Dla porównania wskaza mo na, e kodeks karny oraz kodeks karny wykonawczy posługuj si m.in. poj ciami: „przepistwa przeciwko wolno ci seksualnej i obyczajno ci”, „przepistwa popełnionego w zwi zku z zaburzeniem preferencji seksualnych”. Ponadto, w doktrynie mo na spotka okre lenia takie jak „przepistwa seksualne”, „przepistwa na tle seksualnym”, „przepistwa z motywów seksualnych”. Podkre lenia wymaga, e poj cia te nie s to same. Zob. np. J. Warylewski, *Przepistwa seksualne*, Gda sk 2001.

¹¹ S. Hyp, *Komentarz do rozdziału XXV. Przepistwa przeciwko wolno ci seksualnej i obyczajno ci*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grzekowiak, Warszawa 2015, s. 980.

¹² J. Warylewski, *Przepistwa przeciwko wolno ci seksualnej i obyczajno ci*, [w:] *Kodeks karny. Cz szczególna*, t. 1, *Komentarz do artykułów 117-221*, red. A. W sek, R. Zawłocki, Warszawa 2010, s. 911.

tem pozytywnym (rozumianym jako wolno „do”), jak i negatywnym (rozumianym jako wolno „od”). Aspekt pozytywny przejawia się w swobodnym kształtowaniu własnego życia seksualnego - wchodzenia w relacje seksualne z dowolnie wybranym partnerem/partnerami lub powstrzymywania się od nich. Aspekt negatywny oznacza natomiast brak konieczności znoszenia niechcianych zachowań seksualnych ze strony innych osób¹³. W podobnym tonie wypowiadał się w tym przedmiocie Sąd Najwyższy¹⁴.

Przez obyczajno rozumie się normy moralne funkcjonujące w społeczeństwie, które przyjmowane są za rodzajowy przedmiot ochrony pewnej grupy zakazów karnych¹⁵. W orzecznictwie obyczajno rozumiana jest jako podstawowe moralne zasady współżycia społecznego w zakresie przemyśleń, kontaktów i związków seksualnych¹⁶. Poza zachodzącymi pomiędzy przedstawicielami nauki prawa karnego pewnymi rozbieżnościami co do określenia bliższego przedmiotu ochrony niektórych przestępstw zawartych w rozdziale XXV k.k.¹⁷ należy stwierdzić, że w doktrynie istnieje zasadniczo zgodność w przedmiocie ochrony przestępstwa określonego w art. 201 k.k., który penalizuje zachowanie określone potocznie jako kazirodztwo. Przedmiot ochrony stanowi

¹³ Zob. szerzej: M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 1, Komentarz do artykułów 117-221, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2013, s. 600; J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] *System prawa karnego*, t. 10, *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, red. J. Warylewski, Warszawa 2012, s. 586.

¹⁴ Zob. uchwała SN z dnia 21 grudnia 1972 r., VI KZP 64/72, OSNKW 1973, nr 2-3, poz. 18; wyrok SN z dnia 3 lipca 1975 r., II KR 66/75, OSNKW 1975, nr 10-11, poz. 141; wyrok SN z dnia 10 marca 1976 r., IV KR 3/76, OSNKW 1976, nr 9, poz. 113; wyrok SN z dnia 25 stycznia 1971 r., I KR 219/70, Legalis nr 15143; wyrok SN - Izba Karna z dnia 10 października 2007 r., III KK 116/07, LEX nr 346227.

¹⁵ J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko...*, *op. cit.*, s. 589.

¹⁶ Zob. uchwała SN z dnia 13 kwietnia 1977 r., VII KZP 30/76, OSNKW 1977, nr 12, poz. 58; wyrok SA w Krakowie z dnia 4 kwietnia 1991 r., II AKz 28/91, KZS 1991, nr 4, poz. 16; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 13 listopada 2013 r., II AKa 330/13, dostęp na: www.orzeczenia.wroclaw.sa.gov.pl [stan na: 17.06.2014].

¹⁷ Odnośnie do art. 202 k.k. zob. np. M. Berent, M. Filar, *Komentarz do rozdz. XXV Kodeksu karnego*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, wyd. 4, Warszawa 2014, s. 1138 i nast.; J. Gierowski, L. Paprzycki, *Podstawy zabezpieczające*, [w:] *System prawa karnego*, *op. cit.*, s. 231; O. Górniok, S. Hoc, S.M. Przyjemski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 3, Art. 117-363, Gdańsk 1999, s. 171; M. Surkont, *Prawo karne*, Bydgoszcz 2001, s. 172; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2013, s. 271 i 276.

tu obyczajno, a nie wolno seksualna¹⁸. Skoro ustawodawca w art. 2 u.p.z.p.s. wskazał, że zawarte w niej rodki znajdują zastosowanie wyłącznie do określonych w rozdz. XXV k.k. przestępstw przeciwko wolności seksualnej, tzn. że nie znajdują one zastosowania do przestępstw chronionych obyczajno. Uznając, że przyjęta w art. 2 pkt 1 u.p.z.p.s. konstrukcja jest wyjątkowo niejasna. Można na jej podstawie wyciągnąć wnioski, że przedmiotem ochrony przestępstwa określonego w art. 201

k.k. jest wolność seksualna, ewentualnie można przyjąć, że co do zasady art. 201 k.k. chroni obyczajno, ale jeżeli przestępstwo to popełnione zostało na szkodę małoletniego, to przedmiotem ochrony jest wtedy wolność seksualna. Taka wykładnia nie koresponduje z utrwalonym na przestrzeni wielu lat stanowiskiem doktryny i orzecznictwa co do charakteru przestępstwa określonego w art. 201 k.k. Uważam, że obecne brzmienie przepisu jest wynikiem niefrasobliwości ustawodawcy. Dla sanowania art. 2 u.p.z.p.s. wystarczające byłoby usunięcie z jego treści zwrotu „przeciwko wolności seksualnej”. Omawiany artykuł i tak zawiera katalog przestępstw, które nie mieszczą się w zakresie znaczeniowym pojęcia „przestępstwa popełnione na tle seksualnym”. Problem dotyczący art. 201 k.k. byłby wtedy nieaktualny. W przedmiotowym Rejestrze służyć udostępniane informacje o sprawcach następujących przestępstw na tle seksualnym: art. 197 k.k., 198 k.k., 199 k.k., 200 k.k., 200a k.k., 200b k.k., 201 k.k., jeżeli zostały popełnione na szkodę małoletniego, art. 202 § 3 k.k., polegających na prezentowaniu treści pornograficznych związanych z prezentowaniem przemocy lub posługiwaniem się zwierzęciem, art. 202 § 4 k.k., 202 § 4b k.k., polegających na przechowywaniu lub posiadaniu treści pornograficznych przedstawiających wytworzony albo przetworzony wizerunek małoletniego uczestniczącego w czynności seksualnej, art. 203 k.k., 204 § 1 i 2, jeżeli zostały popełnione na szkodę małoletniego. Pojawia się pytanie, czy ten zamknięty katalog typów czynów zabronionych nie jest określony zbyt wąsko?

Nie powinno budzić wątpliwości, że w przypadku złej kwalifikacji prawnej stosowanej np. przy przestępstwie zabójstwa w związku ze zgwałceniem (art. 148 § 2 pkt 2 k.k. w zw. z art. 197 § 1-4 k.k.) informacja o sprawcy takiego przestępstwa podlega zamieszczeniu w Rejestrze ze względu na fakt, że sprawca zabójstwa był jednocześnie sprawcą zgwałcenia, a więc dopuścił się jednego ze wskazanych w art. 2 u.p.z.p.s. przestępstw na tle seksualnym. Jednakże nie każda zabójstwo

¹⁸ Zob. m.in. J. Gierowski, L. Paprzycki, *rodki zabezpieczające*, *op. cit.*, s. 231;

A. Wdołowska, *Wolność jako przedmiot ochrony prawnokarnej*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 4, s. 142; J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko*, *op. cit.*, s. 582.

popelnione w zwi zku z zaspokojeniem pop du seksualnego sprawcy musi realizowa jednocze nie znamiona przest pstwa okrelonego w rozdziale XXV k.k.

Jako przykld obrazuj cy tego typu przest pstwo mo na za Janem Widackim¹⁹ wskaza zabójstwo z lubie no ci, w przypadku gdy samo zabijanie stanowi dla sprawcy substytut stosunku płciowego (do którego faktycznie nie dochodzi). Widacki słusznie zauwa a, e przyjcie kwalifikacji z art. 148 § 2 pkt 2 k.k. mo liwe jest tylko wtedy, gdy sprawca w zwi zku z zabójstwem dopu cił si zgwałcenia, a wi c „obcował płciowo” lub dopu cił si „innej czynno ci seksualnej”. Widacki postawił pytanie, czy „t inn czynno ci seksualn mo e by samo zabójstwo, b d ce substytutem czy ekwiwalentem stosunku płciowego? Chocia by to zabójstwo, zast puj ce stosunek płciowy, powodowało rozładowanie napi cia seksualnego, daj c zabójcy satysfakcj seksualn ?”²⁰ W mojej ocenie odpowied na to pytanie powinna by przecz ca. Jak wskazuje si w doktrynie, warunkiem odpowiedzialno ci karnej za przest pstwo zgwałcenia jest dopuszczenie si przez sprawc zamachu na wolno seksualn osoby pokrzywdzonej, a nie jego szczególne nastawienie psychiczne sprawcy do jego czynu, polegaj ce na działaniu w celu zaspokojenia pop du seksualnego²¹. Tak wi c ze wzgl du na przedmiot ochrony zachowania takie nie powinny by kwalifikowane jako zgwałcenie. Jaka powinna by wi c kwalifikacja prawna takich zachowa ? Wydaje si , e czyn taki mo e zosta zakwalifikowany na podstawie art. 148 § 2 pkt 3 k.k., a wi c jako zabójstwo w wyniku motywacji zasługuj cej na szczególne pot pienie. Z cał pewno ci opisany powy ej przykld zabójstwa z lubie no ci stanowi przejaw zabójstwa motywowanego seksualnie. Dla kwalifikacji z art. 148 § 2 pkt 3 k.k. nie jest istotne, czy przejawem tej motywacji było „obcowanie płciowe” lub „inna czynno seksualna”, o których mowa w art. 197 k.k. Pozostaje tu jednak do rozstrzygni cia nast puj ca kwestia: czy w przypadku zabójstwa z lubie no ci motywacja sprawcy zasługuje na szczególnie pot pie-

¹⁹ J. Widacki, *Zabójstwo z motywów seksualnych. Studium przypadku*, Kraków 2006, s. 112.

²⁰ *Ibidem*, s. 113.

²¹ M. Bielski, *Przest pstwa przeciwko wolno ci seksualnej i obyczajno ci* [w:] *Kodeks karny. Cz szczególna*. t. 2, *Komentarz do art. 117-277 k.k.*, red. A. Zoll, wyd. 4, Warszawa 2013, s. 691. Zob. tak e m.in. J. Warylewski, *Przest pstwo zgwałcenia*, [w:] *System prawa karnego., op. cit.*, wyd. 2, Warszawa 2016, s. 705; postanowienie SN z dnia 9 kwietnia 2001 r., II KKN 349/98, OSNKW 2001, nr 7-8, poz. 53; wyrok SA w Krakowie z dnia 11 lipca 2012 r., II Aka 99/12, KZS 2012, z. 7-8, poz. 51.

nie? Sprawca motywowany jest w takim przypadku chcią zaspokojenia swojego popędu seksualnego, który pojawia się w momencie dokonywania zabójstwa, stanowi cego swoisty substytut stosunku płciowego. Jak wskazuje Stanisław Pikulski „w strukturze motywacji zasługującej na szczególne potępienie w zbrodni zabójstwa występują psychologiczne instrumenty działania ludzkiego, które w świetle norm moralnych są wyjątkowo odrażające, w żadnej mierze nie zasługują na zrozumienie”²². Podobnie wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Katowicach:

Potępienie szczególnego potępienia ujęte w art. 148 § 2 pkt 3 k.k. jest potępieniem ocenym, a dodatkowo potępienie samego potępienia jest potępieniem stopniowanym. Tylko wówczas zatem można przyjąć, iż sprawca działał w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie, gdy mamy do czynienia z motywacją [...] zasługującą na jednocześnie na potępienie w najwyższym stopniu i o szczególnym zabarwieniu, wywołującym ponadprzeciętne bardzo silne oburzenie społeczne, a wręcz odrazę. Ocenno tych potępionych wymaga każda dorazowej analizy na tle całokształtu okoliczności ujawnionych w konkretnej sprawie²³.

Mechanizm działania sprawcy, polegający na realizacji celu w postaci zaspokojenia jego popędu seksualnego za pomocą środka, jakim jest pozabawienie życia ofiary, uznane należy w mojej ocenie za motywację zasługującą na szczególne potępienie. Według Widackiego zabójstwa związane z zaspokajaniem motywów seksualnych to zabójstwa „najbardziej odrażające, najbardziej wzburzające opinię publiczną, jako że ich motyw jest najmniej zrozumiały i najtrudniejszy do jakiegokolwiek racjonalizacji, a ofiarami ich padają bezbronne na ogół kobiety, czasem dzieci”²⁴. Już w 1900 r. Leon Wachholz stwierdził, że morderstwa dokonywane zamiast aktu płciowego „zdarzają się bynajmniej najcięższym patologicznym zjawiskiem”²⁵. W związku z powyższym można w mojej ocenie przyjąć, że zabójca z *lubie no ci*, dla którego zabójstwo stanowi substytut stosunku płciowego (sprawca nie realizuje znamion przestępstwa zgwałcenia), może zostać oskarżony na podstawie art. 148 § 2 pkt 3 k.k., jeżeli *in concreto* jego zachowanie może zostać uznane za zasługującą na szczególne potępienie, co w takiej sytuacji nie powinno budzić wątpliwości.

W opisanym powyżej przypadku informacje o sprawcy skazanym jedynie na podstawie art. 148 § 2 pkt 3 k.k. nie zostaną zamieszczo-

²² S. Pikulski, *Przewiny przeciwko życiu i zdrowiu. Zabójstwo*, [w:] *System prawa karnego*, op. cit., 2012, s. 58.

²³ Wyrok SA w Katowicach z dnia 21 listopada 2013 r., II AkA 394/13, Legalis nr 758125.

²⁴ J. Widacki, *Zabójstwo z motywów seksualnych*, op. cit., s. 14.

²⁵ *Ibidem*, s. 20; za: L. Wachholz, *O morderstwie z lubie no ci*, „Przegląd Lekarski” 1900, s. 523-585.

ne w Rejestrze, cho zabójstwo zostało popełnione z motywów seksualnych. Problem ten wydaje si jednak czysto teoretyczny, poniewa w praktyce sprawcy tego typu przest pstw dopuszczaj si ponadto innych czynów, które wypełniaj znamiona przest pstwa zgwałcenia art. 197 k.k., co skutkuje obecnie zaliczeniem ich w kr g podmiotów podlegaj cych wpisowi do omawianego Rejestru. Jako przykład zabójcy z motywów seksualnych wskaza mo na Joachima Knychał , którego studium przypadku zostało opisane przez Jana Widackiego²⁶.

Kolejnym istotnym problemem zwi zany z Rejestrem jest zakres informacji zamieszczanych w Rejestrze publicznym, do którego dost p jest nieograniczony (art. 16 u.p.z.p.s.). W Rejestrze publicznym zamieszcza si informacje to same z danymi zamieszczanymi w Rejestrze z dost pem ograniczonym, z wyj tkiem: imion rodziców, nazwiska rodowego matki, informacji o wieku małoletniego pokrzywdzonego w czasie czynu, numeru identyfikacyjnego PESEL oraz adresu zameldowania, faktycznego adresu pobytu i miejsca zamieszkania. W ród danych umieszczonych w Rejestrze publicznym znajdziemy wi c: dane identyfikuj ce osob (m.in. nazwisko, imiona, płe , dat urodzenia, wizerunek twarzy, nazw miejscowoci, w której osoba ta przebywa), informacje dotycz ce popełnionego czynu (np. dat i miejsce jego popełnienia, kwalifikacji prawn przyj t w orzeczeniu, sygnatur sprawy, informacji o orzeczonych karach i innych rodkach reakcji karnej), informacje dotycz ce post powania wykonawczego (np. informacje o rozpocz ciu, zako czeniu, miejscu wykonywania kary, odroczeniu, przerwie w wykonywaniu kary czy tak e o warunkowym zwolnieniu i odwołaniu takiego zwolnienia). Udost pnianie informacji w Rejestrze publicznym niesie za sob pewne niebezpiecze stwo. Publikowanie tak szczegółowych danych (ł cznie z wizerunkiem) przyczynia si do coraz szerszego procesu inwigilacji osób skazanych za przest pstwa popełnione na tle seksualnym, co z kolei niesie za sob ryzyko stygmatyzacji. Ju sam fakt bycia skazanym jest pi tnem, które odciska si nie tylko w czasie, ale tak e po wykonaniu kary pozbawienia wolno ci. Znalezenie pracy przez osoby figuruj ce w Krajowym Rejestrze Karnym jest zadaniem niełatwym. Niech pracodawców do zatrudniania osób z tzw. przeszło ci kryminaln pot go wa mo e fakt, e potencjalny pracownik figuruje w ogólnodost pnym Rejestrze Sprawców Przest pstw na Tle Seksualnym. Nawet je li pracodawca skłonny jest zatrudni w firmie budowlanej pracownika, który był w przeszło ci skazany np. za prowadzenie pojazdu w stanie nietrze wo ci (o tym, e był on skazany informacja nie jest powszechnie znana opi-

²⁶ J. Widacki, *Zabójstwo z motywów seksualnych...*, op. cit.

nii publicznej), to mało prawdopodobne wydaje się zatrudnienie osoby, która dopuściła się np. przewinu rozpowszechniania treści pornograficznych przedstawiających wytworzony albo przetworzony wizerunek małoletniego uczestniczącego w czynności seksualnej²⁷, ponieważ informacje o takiej osobie są publicznie dostępne w Rejestrze, co może rzutować w ocenie potencjalnego pracodawcy np. na wizerunek firmy, w której zatrudnia się sprawca skazanego za przewin na tle seksualnym. A to przekłada się na proces resocjalizacji. Frustracja wywołana problemem ze znalezieniem pracy może być czynnikiem powodującym popełnianie kolejnych przewin, w tym także na tle seksualnym. Wskazać tu trzeba, że racjonalne było wprowadzenie na pracodawców i innych organizatorów obowiązków zasięgnięcia z Rejestru z dostępem ograniczonym informacji o osobach ubiegających się o podjęcie pracy lub działalność związanej z wychowaniem, edukacją, wypoczynkiem, leczeniem małoletnich lub opieką nad nimi (art. 12 pkt 7 i 8 u.p.z.p.s.), a niewykonanie tego obowiązku stanowi zgodnie z art. 23 ust. 2 u.p.z.p.s. wykroczenie zagrożone karą aresztu, ograniczenia wolności albo grzywny nie niższej niż 1000 zł.

Nieograniczony dostęp do Rejestru pociąga za sobą poważne ryzyko odwetu na sprawcach przewin na tle seksualnym. Nie trudno wyobrazić sobie sytuację szykanowania sprawcy figurującego w Rejestrze przez lokalną społeczność.

Na podobne w tym miejscu zwrócił uwagę już w 2001 r. Jarosław Warylewski²⁸. Dokonując analizy rejestrów sprawców przewin seksualnych funkcjonujących w USA oraz Anglii²⁹, wskazał, że poza aspektami pozytywnymi funkcjonowania takich rejestratur istnieje również wiele niebezpieczeństw z tym związanych. Co warto przytoczyć za Warylewskim, to w Anglii 88% ankietowanych było za upublicznieniem treści danych z Krajowego Rejestru Przewin Seksualnych. Jest to potwierdzenie tezy, że populizm penalny odgrywa istotną rolę w procesie tworzenia prawa. Tym bardziej są głoszone przez specjalistów w tym względzie przed opublikowaniem danych zawartych w rejestrze były zasadne. W kilku przypadkach w Anglii wymagana była interwencja policji, która

²⁷ Choć rodzaj gatunkowy takiego przewinu jest dużo mniejszy od np. przewinu zgwałcenia, to w mojej ocenie jego sprawca przez sam fakt figurowania w rejestrze uznawany będzie w społeczeństwie za „gwałciciela” lub „pedofila”.

²⁸ J. Warylewski, *O nadziejach i w tym względzie związanych z rejestracją przewin seksualnych*, dostęp na: www.warylewski.com.pl [stan na: 20.10.2017].

²⁹ Rejestry takie po raz pierwszy pojawiły się w stanie Kalifornia w USA w 1944 r. Rejestr o zasięgu ogólnokrajowym zaczął funkcjonować w USA w 1996 r., a w Anglii od 1997 r.

musiała ochrania sprawców przestępstw seksualnych przed atakami tłumu. Ponadto łaska przestępstwa seksualnego może być też argumentem dla racjonalizacji kolejnych zachowań realizujących znamiona przestępstwa. Według teorii naznaczania eskalacja zachowań sprzecznych z prawem jest odpowiedzią na proces stygmatyzacji i stosowanych kar³⁰.

Warto zwrócić uwagę na art. 9 ust. 2 u.p.z.p.s., na podstawie którego sąd w szczególnie uzasadnionych przypadkach może orzec o wyłączeniu zamieszczenia danych o osobie w Rejestrze ze względu na ochronę życia prywatnego lub inny ważny interes prywatny pokrzywdzonego lub jego osób najbliższych, a zwłaszcza dobro małoletniego pokrzywdzonego, lub gdy zamieszczenie danych spowodowałoby niewspółmiernie surowe skutki dla osoby, której dane w Rejestrze powinny być zamieszczone. Zgodnie z art. 9 ust. 4 u.p.z.p.s. wyłączenie zamieszczenia w Rejestrze publicznym danych sprawców, wobec których w kwalifikacji prawnej przyjętej w orzeczeniu powołano art. 197 § 3 pkt 2 k.k. lub § 4 k.k., lub które popełniły przestępstwo na tle seksualnym, bądź uprzednio skazane na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania za przestępstwo na tle seksualnym, jeżeli którekolwiek z tych przestępstw zostało popełnione na szkodę małoletniego, może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy zachodzi wyjątkowy przypadek, uzasadniony wyłącznie dobrem małoletniego pokrzywdzonego. Możliwość wyłączenia zamieszczenia danych w Rejestrze ocenić należy pozytywnie, ale tylko w odniesieniu do ochrony interesów pokrzywdzonego lub jego osób najbliższych. Dotyczy to może np. przestępstwa seksualnego, do którego dochodziło w rodzinie, w której ze względu na skład osobowy oczywiste będzie dla społeczności lokalnej, że ofiarą przestępstwa był np. jedyny małoletni członek rodziny. Jednoznacznie negatywnie oceniam jednak możliwość wyłączenia zamieszczenia tych danych z powodu, gdy ich zamieszczenie spowodowałoby niewspółmiernie surowe skutki dla sprawcy. Jakie skutki może na jednak uznać za „niewspółmiernie surowe” dla sprawcy? Czy już samo zamieszczenie danych w Rejestrze nie stanowi *sui generis* niewspółmiernie surowych skutków dla sprawcy? A może ustawodawca miał na myśli jak określoną grupę potencjalnych sprawców przestępstw na tle seksualnych, w której interesem jest, aby informacje o jej przedstawicielach nie były ujawniane w Rejestrze? Przepis w takim brzmieniu może być polem do nadużyć, a jednocześnie nie może budować w społeczeństwie mylny obraz, że w Rejestrze znajdują się informacje o wszystkich sprawcach przestępstw na tle seksualnym, co nie jest zgodne ze stanem faktycznym. Zgodnie z art. 6

³⁰ J. Warylewski, *O nadziejach...*, op. cit., za: B. Hołyst, *Kryminologia*, Warszawa 1999, s. 781-784.

u.p.z.p.s. w Rejestrze gromadzi się dane o osobach, którym zarzucono przestępstwo na tle seksualnym, jeżeli zostały one prawomocnie skazane, prawomocnie warunkowo umorzono wobec nich postępowanie karne, prawomocnie orzeczono wobec nich rodek zabezpieczający, a także o nieletnich, wobec których prawomocnie orzeczono rodki określone w ustawie z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich³¹. Przedmiotowy Rejestr, co oczywiste, dotyczy tylko przestępstw wykrytych, a ciemna liczba niektórych przestępstw na tle seksualnym wydaje się stosunkowo wysoka (np. przestępstwa seksualne skierowane przeciwko małoletnim, przestępstwa posiadania treści pornograficznych z udziałem małoletniego). Trzeba mieć na uwadze, że wielu sprawców przestępstw na tle seksualnym pozostaje niewykrytych, w związku z czym sprawcy tacy pozostają w społeczeństwie anonimowi.

Podsumowując. Sam pomysł wprowadzenia do polskiego systemu prawnego Rejestru Sprawców Przestępstw na Tle Seksualnym oceniamy pozytywnie. Jednakże ustawodawca, wcielając ten pomysł w życie, nadał mu formę, która rodzi wiele wskazanych powyżej wątpliwości. Pochopnym posunięciem było upublicznienie danych zawartych w Rejestrze. Wydaje się, że zupełnie wystarczające byłoby stworzenie jedynie Rejestru z dostępem ograniczonym. Warto podkreślić, że w Polsce nie funkcjonuje aden inny ogólnie dostępny dla społeczeństwa rejestr sprawców przestępstw. A może, idąc za ciosem, stworzyć należy np. rejestr sprawców przestępstw przeciwko mieniu, w którym znalazłyby się dane na temat sprawców najbardziej powszechnych przestępstw, takich jak kradzież, kradzież z włamaniem czy zniszczenie mienia? Możliwe, że stworzyć publiczny rejestr sprawców przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji popełnionych w stanie nietrzeźwości, skoro stwarzają oni tak poważne zagrożenie dla naszego bezpieczeństwa na drogach. Tylko po co? To na organach powołanych do ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego spoczywa ciążące obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa w społeczeństwie, w związku z czym organy takie muszą tworzyć i mieć dostęp do różnego rodzaju rejestrów. I to jest bezdyskusyjne. Po co więc podawać do publicznej wiadomości takie dane? Czy chodzi o przeniesienie na społeczeństwo obowiązku zapewnienia sobie na własny rachunek bezpieczeństwa przed tego typu sprawcami przestępstw? A może ich publiczne udostępnienie wpłynie na zmniejszenie liczby tych przestępstw? Odpowiedź na to pytanie zawarta została w stanowisku Polskiego Towarzystwa Seksuologicznego, w którym jednoznacznie stwierdzono:

³¹ Dz.U. z 1982 r. Nr 35, poz. 228.

Po pierwsze, długotrwała analiza skuteczności rejestrów publicznych funkcjonujących w innych krajach wyraźnie i spójnie pokazuje, że nie przyczyniają się one do spadku poziomu recydywy seksualnej (rejestry publiczne są w zakresie zmniejszania zagrożenia przestępstwami seksualnymi całkowicie nieskuteczne). Po drugie, istnienie rejestrów nie powoduje obniżenia ogólnego poziomu przestępstw seksualnych, co oznacza, że rejestry publiczne nie pełnią takiej funkcji odstraszającej (prewencji generalnej). Po trzecie istnienie takiego rejestru w znaczny sposób zmniejsza możliwości prowadzenia terapii przestępców seksualnych. Dzieje się tak, ponieważ dla sprawców mających figurować w rejestrze, zwłaszcza tych, którzy będą tam figurować dożywotnio (sprawcy określone w art. 106a Kodeksu karnego), nie będzie perspektywy powrotu do społeczeństwa, co znacząco ograniczy możliwości ich terapii i resocjalizacji. Oznacza to, że istnienie rejestrów publicznych utrudnia przeciwdziałanie przestępstwom seksualnym. Po czwarte istnienie publicznych rejestrów przestępców seksualnych nie tylko nie przeciwdziała przestępstwom seksualnym, ale także nie zmniejsza poziomu ryzyka społecznego związanego z takimi przestępstwami. Zachodzi tu zatem odwrotna - istnienie takiego rejestru zwiększa poziom ryzyka społecznego związanego z przestępstwami seksualnymi. W związku z tym należałoby dodać, że określenie miejsc szczególnego zagrożenia o którym mowa w ustawie będzie im ten nasila³².

Jest to kolejne potwierdzenie tezy, że stworzenie Rejestru Sprawców Przestępstw na Tle Seksualnym o charakterze publicznym jest zabiegiem czysto populistycznym. Może właściwszym rozwianiem byłoby rozbudowanie systemu dozoru elektronicznego, który obecnie, jako środek zabezpieczający, może być orzekany w stosunku do sprawców skazanych za przestępstwo określone w art. 197 k.k., 198 k.k., 199 § 2 k.k. lub art. 200 § 1 k.k. popełnione w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych. Na pewno warto dokonać w tym zakresie ewaluacji skuteczności stosowania środka w postaci elektronicznej kontroli miejsca pobytu pod względem jego wpływu na powrotność do przestępstwa.

Co więcej Rejestr stanowi nowy, dotychczas nieznanym w polskim systemie prawnym rodzaj środka prawnokarnej reakcji na czyn zabroniony jako przestępstwo. Zamieszczenie danych w Rejestrze spełnia jednocześnie funkcję środka karnego w postaci podania wyroku do publicznej wiadomości (art. 39 pkt 8 k.k.), a nawet jest rodzkiem bardziej dla sprawcy dolegliwym, ponieważ w Rejestrze publikowany jest ponadto jego wizerunek, czego nie można zrobić za pomocą wskazanego środka karnego. Ponadto dane w Rejestrze usuwa się co do zasady z chwilą zatarcia skazania, co w przypadku przestępstw na tle seksualnym podlega ograniczeniom wynikającym z art. 106a k.k. (nie podlega zatarciu skazanie na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia

³² Uchwała Zarządu Głównego Polskiego Towarzystwa Seksuologicznego z dnia 22 stycznia 2016 r., dostępna na: www.pts-seksuologia.pl [stan na: 14.09.2017].

jej wykonania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej i obywatelności, jeżeli pokrzywdzonym był małoletni poniżej lat 15). Podanie wyroku do publicznej wiadomości jest z kolei jednorazowym rodzajem karnym³³.

Rozbudowywanie systemu postępowania ze sprawcami przestępstw seksualnych może mieć skutki odmienne od zamierzonych, o czym w klarowny sposób zakomunikowało w swoim stanowisku Polskie Towarzystwo Seksuologiczne. Pozostaje tylko mieć nadzieję, że negatywne efekty rozbudowania tego systemu nie będą pretekstem do dalszych nieprzemyślnych zmian, ale będą stanowiły zaczątek do konstruktywnej dyskusji o zbudowaniu koherentnego, kompleksowego systemu postępowania ze sprawcami przestępstw seksualnych.

³³ D. Szeleszczuk, *Komentarz do rozdziału V k.k.*, [w:] A. Grzekowiak, K. Wiak, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2015, s. 174.

Andrzej Wiatłowski

Falszerstwo fakturowe jako przykład kryminalizacji zbędnej

Jako twórca prawa zawsze leżała na sercu Jubilatowi. Jako badaczowi, jako praktykowi (takie praktykowi legislacji), jako nieprzejednanemu krytykowi nadużywania prawa karnego do realizacji nieakceptowalnych celów. Nie od rzeczy będzie więc przyjrzenie się tu zeszłorocznym zmianom dotyczącym dziedziny nie do końca poważnie określonej mianem „prawa karnego fakturowego”. Tu bowiem szczególnie wyraźnie dostrzec można patologię tworzenia prawa - brak rzetelnego uzasadnienia, niski jako legislacyjny, brak dbałości o spójność systemów obowiązującego prawa.

Ustawą z dnia 1 grudnia 2016 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw¹ (obowiązująca od 1 stycznia 2017 r.) nadano między innymi art. 62 § 1 i 2 k.k.s.² nowe brzmienie:

§ 1. Kto wbrew obowiązkom nie wystawia faktury lub rachunku, wystawia je w sposób wadliwy albo odmawia ich wydania, podlega karze grzywny do 180 stawek dziennych.

§ 2. Kto fakturę lub rachunek wystawia w sposób nierzetelny albo takim

¹ Dz.U. z 2016 r. poz. 2024.

² Ustawa z dnia 10 września 1999 r. - Kodeks karny skarbowy (Dz.U. z 1999 r. Nr 83, poz. 930 ze zm.).

dokumentem si posługuje, podlega karze grzywny do 720 stawek dziennych albo karze pozbawienia wolno ci na czas nie krótszy od roku, albo obu tym karom ł cznie.

Ponadto dodano po art. 62 § 2 nowy § 2a w brzmieniu:

Kto faktur lub rachunek wystawia w sposób nierzetelny albo takim dokumentem si posługuje, a kwota podatku wynikaj ca z faktury albo suma kwot podatku wynikaj cych z faktur jest malej warto ci, podlega karze grzywny do 720 stawek dziennych albo karze pozbawienia wolno ci, albo obu tym karom ł cznie.

Na uwag zasługuje radykalne zaostrenie sankcji w art. 62 § 2 - dotychczas do 240 stawek dziennych grzywny, po zmianie za - do 720 stawek, a nadto kara pozbawienia wolno ci i to z doln granic okrelona na rok (a wi c - po uwzgl dnieniu art. 27 § 1 k.k.s. - od 1 do 5 lat pozbawienia wolno ci). Co wi cej, sankcja za nowo utworzony typ uprzywilejowany jest i tak znacznie surowsza ni dotychczas przewidziana w typie podstawowym.

Z niewiadomych powodów w pocz tkowej cz ci nowego przepisu ustawodawca przywołuje faktury i rachunki, by w dalszej cz ci poprzesta na fakturach. Jak wskazuje Krzysztof Radzikowski³, podaje to w w tpliwo istnienie w odniesieniu do tych dokumentów typu uprzywilejowanego. Jak si jednak wydaje, przyj cie interpretacji, zgodnie z któr łagodniejsza odpowiedzialno miałaby dotyczy wył cznie wystawcy nierzetelnej faktury, prowadziłaby do wniosku, e słowo „rachunek” w pocz tkowej cz ci przepisu pozbawione jest jakiegokolwiek znaczenia. Skoro tak, to z dwóch bardzo trudnych do zaakceptowania interpretacji wybra nale y t zakładaj c , e konsekwentnie chodzi jednak (podobnie jak w art. 62 § 1 i 2 k.k.s.) tak e o rachunki.

Zmianie uległy tak e przepisy dotycz ce nadzwyczajnego obostrzenia kary. W art. 37 § 1 k.k.s., zawieraj cym katalog podstaw nadzwyczajnego obostrzenia po pkt 1 dodano pkt 1a w brzmieniu: „popelnia przest pstwo skarbowe okre lone w art. 62 § 2, a kwota podatku wynikaj ca z faktury albo suma kwot podatku wynikaj cych z faktur jest du ej warto ci. Ponadto po § 2 dodano § 2a w brzmieniu: „§ 2a przepisu § 1 pkt 1a nie stosuje si , je eli wymagalna nale no została w cało ci uiszczona przed zamkni ciem przewodu s dowego w pierwszej instancji”. Z kolei art. 38 w § 1 pkt 3 otrzymał brzmienie:

³ K. Radzikowski, *Nowelizacja kodeksu karnego i kodeksu karnego skarbowego w zakresie tzw. przest pstw fakturowych*, „Przegl d Podatkowy” 2017, nr 3, s. 37.

Przewidzian za przypisane przestępstwo skarbowe w wysokości powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, nie niższej niż 1 miesiąc do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwikszonego o połowę, co nie wyłącza wymierzenia z takim samym obostrzeniem także kary grzywny grocej za to przestępstwo obok kary pozbawienia wolności.

Za w § 2 wprowadzenie do wyliczenia otrzymało brzmienie:

Stosując nadzwyczajne obostrzenie kary, sąd wymierza karę pozbawienia wolności w wysokości powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, nie niższej niż 3 miesiące do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwikszonego podwójnie, co nie wyłącza wymierzenia w wysokości do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwikszonego o połowę także kary grzywny grocej za to przestępstwo, jeżeli sprawca popełnia ten czyn zabroniony określony w:

Oraz dodano pkt 3 w brzmieniu: „art. 62 § 2, a kwota podatku wynikająca z faktury albo suma kwot podatku wynikających z faktur stanowiących przedmiot czynu zabronionego jest wielkiej wartości”. Ponadto po § 14 dodano § 14a w brzmieniu: „Faktura jest dokument, o którym mowa w art. 2 pkt 31 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług”.

Biorąc pod uwagę fakt, że typy kwalifikowane nie są kształtowane w poszczególnych artykułach czy też szczególnej kodeksu karnego skarbowego, lecz niejako „wyciągnięte przed nawias” - do art. 37 i 38 k.k.s., omówiona wcześniej zmiana tych przepisów ma więc istotne znaczenie dla odpowiedzialności za zmodyfikowany typ przestępstwa skarbowego z art. 62 § 2 k.k.s.

Zaledwie w dwa miesiące później (1 marca 2017 r.) weszły w życie zmiany kodeksu karnego wprowadzone ustawą z dnia 10 lutego 2017 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw⁴. Budziły one nieporównanie większe zainteresowanie opinii publicznej - głównie z powodu wprowadzenia drakońskich sankcji, porównywalnych z poważnymi zbrodniami pospolitymi. Najogólniej rzecz ujmując, zmiany te polegały na wprowadzeniu do kodeksu karnego nowych typów przestępstw fałszu materialnego (podrobienia lub przerobienia dokumentu) oraz fałszu intelektualnego (po wiadczenia nieprawdy) ukształtowanych jako typy kwalifikowane dotychczas istniejących przepisów.

Bezpośrednio po art. 270 k.k. typizującym fałsz materialny (podrobienie lub przerobienie dokumentu) dodany został nowy art. 270a w brzmieniu:

§ 1. Kto, w celu uchylenia za autentyczny, podrabia lub przerabia fakturę w zakresie okoliczności faktycznych mogących mieć znaczenie dla określenia wyso-

ko ci nale no ci publicznoprawnej lub jej zwrotu albo zwrotu innej nale no ci o charakterze podatkowym lub takiej faktury jako autentycznej u ywa, podlega karze pozbawienia wolno ci od 6 miesi cy do lat 8.

§ 2. Je eli sprawca dopuszcza si czynu okre lonego w § 1 wobec faktury lub faktur, zawieraj cych kwot nale no ci ogółem, której warto lub łączna warto jest wi ksza ni pi ciokrotnie kwoty okre laj cej mienie wielkiej wartoci, albo z popełnienia przest pstwa uczynił sobie stałe ródło dochodu, podlega karze pozbawienia wolno ci na czas nie krótszy od lat 3.

§ 3. W wypadku mniejszej wagi, sprawca czynu okre lonego w § 1 lub 2 podlega grzywnie, karze ograniczenia wolno ci albo pozbawienia wolno ci do lat 2.

Zarazem po art. 271, dotycz cym fałszu intelektualnego (po wiadczeniu nieprawdy), został dodany nowy art. 271a w brzmieniu:

§ 1. Kto wystawia faktur lub faktury, zawieraj ce kwot nale no ci ogółem, której warto lub łączna warto jest znaczna, po wiadczaj c nieprawd co do okoliczno ci faktycznych mog cych mie znaczenie dla okre lenia wysoko ci nale no ci publicznoprawnej lub jej zwrotu albo zwrotu innej nale no ci o charakterze podatkowym lub takiej faktury lub faktur u ywa, podlega karze pozbawienia wolno ci od 6 miesi cy do lat 8.

§ 2. Je eli sprawca dopuszcza si czynu okre lonego w § 1 wobec faktury lub faktur, zawieraj cych kwot nale no ci ogółem, której warto lub łączna warto jest wi ksza ni pi ciokrotnie kwoty okre laj cej mienie wielkiej wartoci, albo z popełnienia przest pstwa uczynił sobie stałe ródło dochodu, podlega karze pozbawienia wolno ci na czas nie krótszy od lat 3.

§ 3. W wypadku mniejszej wagi, sprawca czynu okre lonego w § 1 lub 2 podlega karze pozbawienia wolno ci do lat 3.

Nowo wprowadzone przepisy obj ły zasadniczo zachowania kryminalizowane ju przez przepisy uprzednio obowizuj ce. S wi c niew tliwie ich typami kwalifikowanymi⁵. Zarazem dostrzec mo na pewne elementy, które - jak mo na przypuszcza - uzasadniały w ocenie ustawodawcy wyodr bnienie tych osobnych typów. Art. 270a k.k.⁶ przewiduje zaostrown odpowiedzialno za podrobienie lub przerobienie pewnej szczególnej kategorii dokumentów (w rozumieniu kodeksu karnego) w postaci tzw. faktur VAT. Jak bowiem mo na przeczyta w uzasadnieniu projektu⁷ w ocenie projektodawców skala zjawiska wyłudze podatku VAT zagra a stabilno ci bud etu pa stwa, a wcze niej

⁵ Tak te : A. Liszewska, *Odpowiedzialno karna za wystawienie faktury w sposób nierzetelny lub u ywanie takiej faktury po nowelizacji Kodeksu karnego*, „Przegl d Podatkowy” 2017, nr 9, s. 17.

⁶ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 ze zm.).

⁷ Druk sejmowy nr 888 Sejmu VIII kadencji.

obowi zuj cy stan prawny i praktyka organów wymiaru sprawiedliwości na gruncie stosowania przepisów kodeksu karnego skarbowego były - jak twierdzili projektodawcy - daleko niewystarczające. Dlatego te miano się zdecydować na penalizację czynów znajdujących się niejako „na przedpolu” przestępstw skarbowych lub wykroczeń skarbowych przeciwko obowiązkowi podatkowemu⁸. Trzeba tu bowiem podkreślić, że warunkiem odpowiedzialności karnej jest już samo podrobienie lub przerobienie faktury (względnie postulowanie się tak podrobioną lub przerobioną fakturą) - niezależnie od uszczuplenia należności podatkowej. Podobnie rzecz się ma z przestępstwem określonym w art. 271a k.k. Z zakresu dotychczasowego art. 271 k.k. zostały wyodrębnione przypadki będące po wiadczeniu nieprawdy co do okoliczności faktycznych mogących mieć znaczenie dla określenia wysokości należności publicznoprawnej lub jej zwrotu albo zwrotu innej należności o charakterze podatkowym polegające na wystawianiu faktury lub faktur, zawierających kwoty należności ogółem, której wartość lub łączna wartość jest znaczna, jak również przypadki używania takiej faktury lub faktur. Tu należy przypomnieć, że znaczna wartość jest w słowniczku ustawowym art. 115 § 5 k.k. zdefiniowana jako przekraczająca w czasie czynu 200 tys. zł. Mamy tu więc do czynienia z progiem określonym kwotowo, inaczej niż w kodeksie karnym skarbowym, gdzie ustawodawca posługuje się wielokrotnie ciążącymi kwoty bazowej, jak w kodeksie karnym skarbowym jest wysoko minimalnego wynagrodzenia.

Jak już było mówione, zarówno art. 270a § 1 jak i art. 271a § 1 są więc typami kwalifikowanymi wcześniej istniejących przestępstw z art. 270 i 271 k.k., wyodrębnionymi jednak do osobnych jednostek redakcyjnych. Dotychczasowy dorobek orzecznictwa i doktryny wypracowany w zakresie wykładni tych wcześniej istniejących przepisów może być uwzględniany przy wykładni nowo wprowadzonych (w tym drugim przypadku - w odpowiednim zakresie także art. 273 k.k. dotyczący użycia po wiadczeniu nieprawdy)⁹.

Nietrudno zauważyć, że to nie kwestie dogmatyczne zadecydowały o stypizowaniu tych zachowań taki właśnie sposób, lecz zamiar wprowadzenia szczególnie surowych sankcji karnych. Zagrożenie kar przewidziane w art. 270a § 1 k.k. zostało określone jako kara pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat, a więc o jeden poziom wyżej w gradacji zagrożenia występujących w części szczególnej kodeksu karnego w po-

⁸ Zob. A. Herzog [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, wyd. 3, Warszawa 2017, uwagi do art. 270a, NB 1.

⁹ Tak też: M. elechowski [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, *Komentarz. Art. 222-316*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, wyd. 4, Warszawa 2017.

równaniu do art. 270 § 1 k.k. Analogicznie jest w art. 271a § 1 k.k. i art. 271 § 1 k.k., za jeszcze wyraźniej różnic widać przy zestawieniu sankcji w art. 273 k.k. („zwykle” uycie po wiadczenia nieprawdy), gdzie przewidziane jest zagrożenie kar pozbawienia wolności do 2 lat z sankcją przewidzianą w art. 271a k.k.

Oba nowo wprowadzone przepisy zawierają w § 2 bliźniacze typy kwalifikowane przewidujące karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 3 lata, jeżeli sprawca dopuszcza się czynu określonego w § 1 wobec faktury lub faktur, zawierających kwoty należne ogółem, której wartość lub łączna wartość jest większa niż pięciokrotnie kwoty określającej miarę wielkiej wartości, albo z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu. Z art. 115 § 6 k.k. wynika, że wielka wartość to wartość, która w czasie popełnienia czynu zabronionego przekracza milion zł. Takie określenie dolnej granicy zagrożenia kar pozbawienia wolności (3 lata) oznacza, że w obu tych przypadkach mamy do czynienia z nowo wprowadzonymi do kodeksu karnego zbrodniami.

Z kolei w § 3 obu nowych przepisów znajdują się typy uprzywilejowane. Jeżeli zachodzi wypadek mniejszej wagi, przewidziana jest kara grzywny, kara ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2 (art. 270a § 3 k.k.) oraz kara pozbawienia wolności do lat 3 (art. 271a § 3 k.k.). Przy ocenie znamienia „mniejszej wagi” aktualnie zachowujemy ustalenia poczynione na gruncie innych przypadków posłużenia się w kodeksie karnym tymi klauzulami¹⁰, trzeba bowiem przypomnieć, że w odróżnieniu od kodeksu karnego skarbowego - kodeks karny w słowniczku ustawowym nie przybliża tego pojęcia.

Oba typy nie mają charakteru indywidualnego, lecz powszechny w znaczeniu prawnokarnym, to znaczy ich sprawcą może być każda osoba, niekoniecznie podatnik podatku od towarów i usług. Stąd z pewnością przestępstwami umyślnymi, gdy jednym z warunków przypisania odpowiedzialności jest działanie sprawcy z zamiarem bezpodstawnym lub co najmniej ewentualnym¹¹.

W razie skazania za przestępstwo określone w art. 270a § 1 lub 2, art. 271a § 1 lub 2 albo art. 277a § 1 grzywnę orzeczono obok kary pozbawienia wolności może na - w myśl nowego art. 277b k.k. - wymierzyć w wysokości do 3 tys. stawek dziennych (nie zaś - jak typowo z kodeksu karnym - 540 stawek dziennych). Należy też nadmienić, że zgodnie z art. 33 § 2 k.k. sąd może wymierzyć grzywnę także obok kary pozbawienia wolności wymienionej w art. 32 pkt 3 (czyli terminowej, orzeka-

¹⁰ M. Elechowski [w:] *Kodeks karny...*, op. cit., uwagi do art. 271a, NB 14.

¹¹ A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna*, op. cit., s. 19.

nej do 15 lat, nie za 25 lat, ani do ywotniego pozbawienia wolno ci), je eli sprawca dopu cił si czynu w celu osi gni cia korzy ci maj tkowej lub gdy korzy maj tkow osi gn ł.

Kluczowe znaczenie ma nowo wprowadzony art. 277a k.k., stanowi - cy typ kwalifikowany drugiego stopnia (superkwalifikowany) dla przest pstw okre lonych w art. 270a § 1 k.k. i 271a § 1 k.k., w brzmieniu:

Kto dopuszcza si przest pstwa okre lonego w art. 270a § 1 albo art. 271a § 1 wobec faktury lub faktur, zawieraj cych kwot nale no ci ogółem, której warto lub ł czna warto jest wi ksza ni dziesi ciokrotnie kwoty okre laj cej mienie wielkiej warto ci, podlega karze pozbawienia wolno ci na czas nie krótszy od lat 5 albo karze 25 lat pozbawienia wolno ci.

Elementem wyra nie upodabniaj cym nowe typy przest pstw w kodeksie karnym do przest pstw skarbowych jest ich charakterystyczna „warstwowa” struktura. Tak jak w wypadku zatajenia przedmiotu opodatkowania (art. 54 k.k.s.) czy oszustwa podatkowego (art. 56 k.k.s.) mo na wyodr bni a pi warstw, tak rzecz si ma z nowymi typami umieszczonymi w art. 270a i 271a k.k. - typ uprzywilejowany znamieniem „wypadku mniejszej wagi”, typ podstawowy, typ kwalifikowany znamienno „kwot nale no ci ogółem, której warto lub ł czna warto jest wi ksza ni pi ciokrotnie kwoty okre laj cej mienie wielkiej warto ci”, a tak e „uczynieniem sobie z popełnienia przest pstwa stałego ró dła dochodu”, typ superkwalifikowany, znamienno „kwot nale no ci ogółem, której warto lub ł czna warto jest wi ksza ni dziesi ciokrotnie kwoty okre laj cej mienie wielkiej warto ci”, w ko cu jeszcze typu uprzywilejowany od tego typu kwalifikowanego. To wi c pokazuje, e istotnym powodem umieszczenia tych nowych kryminalizacji nie w kodeksie karnym skarbowym, lecz w kodeksie karnym była potrzeba omini cia głównych granic kary pozbawienia wolno ci wyznaczonych przepisami kodeksu karnego skarbowego (zasadniczo 5 lat, wyj tkowo 10 w wypadku nadzwyczajnego obostrzenia kary i 15 w wypadku kary ł cznej). Ponadto umieszczenie tego typu w kodeksie karnym skarbowym prowadziłoby do zgoła nedorzecznej sytuacji, w której sprawca, który poprzestał na wystawieniu takiej faktury powinien by - w punkcie widzenia utrwalonych w prawie karnym zasad - karany znacznie surowiej ni ten, który do ko ca doprowadził swój plan oszustwa podatkowego, do którego realizacji potrzebne były mu t faktury.

Tym, co rzuca si w oczy (poza oczywi cie ponownym posłu eniem si znamieniem kwotowym, rozwarstwiaj cym odpowiedzialno na wzór techniki stosowanej typowo w kodeksie karnym skarbowym), jest drako ska kara przewidziana za dopuszczenie si tego typu kwa-

likowanego fałszerstwa fakturowego. Mamy do czynienia nie tylko ze zbrodni (!), ale ze zbrodni o dolnej granicy zagrożenia podniesioną w typie superkwalifikowanym a na 5 lat. Ponadto, obok terminowej kary pozbawienia wolności, która może być wymierzona do 15 lat (art. 37 k.k.), przewidziana jest kara o charakterze wyjątkowym, jak jest 25 lat pozbawienia wolności, orzekana w praktyce tylko w szczególnie drastycznych sprawach o zabójstwa.

Jak z tego wynika, w ocenie ustawodawcy (a w każdym razie projektodawców) fałszerstwo - zarówno materialne, jak i intelektualne - dotyczące faktury VAT cechuje się typowo wyższym stopniem społecznej szkodliwości (ujmowanej abstrakcyjnie) niż fałszerstwo wszelkich innych dokumentów, których dotyczyły dotychczas obowiązujące przepisy, zapewne porównywalnym z fałszowaniem znaków pieniężnych i papierów wartościowych. Nie sposób jednak znaleźć motywu tego przekonania w uzasadnieniu projektu, choć wydawałoby się to wymaganiem najzupełniej oczywistym w przypadku tak drastycznego zaostrzenia sankcji karnych. Na tym przykładzie widać zresztą, jak wyraża się w ostatnim czasie posunął się do przodu proces obserwowany przecież i dawniej - utraty przez projekty ustawodawcze roli perswazyjnej oraz sprawozdawczej. Zjawisko to wynika z jednej strony z braku powodów do obaw, że przedłożony projekt nie zostanie uchwalony, z drugiej strony z zaniku czynności tradycyjnie kojarzonych się z początkiem rzetelnego procesu ustawodawczego, nie ma więc czego relacjonować, ani na co się powoływać.

Kolejną kwestią wartą uwagi jest typ uprzywilejowany typu kwalifikowanego(!), jaki znajdujemy w nowym art. 277 a § 2 k.k. W wypadku mniejszej wagi sprawca czynu określonego w § 1 podlega - zgodnie z tym przepisem - karze pozbawienia wolności do lat 5. Dolna granica ustawowego wymiaru kary w § 1 jest więc tym samym zarazem górną granicą kary w typie uprzywilejowanym. Równocześnie nie taki sposób określenia tej kary, na jaki ustawodawca zdecydował się w § 2, oznacza, że wypadek mniejszej wagi jest tutaj zagrożony karą od 5 dni pozbawienia wolności (dolna granica tej kary wynikająca z ogólnej reguły art. 37 k.k., wchodzić w grę zawsze, gdy w przepisie czy też szczególnie nie została ona określona inaczej). Niezależnie od konsekwentnie negatywnej oceny tak niezwykle wysokich granic zagrożenia, na jakie zdecydował się (bez dostatecznego uzasadnienia) ustawodawca w omawianych przepisach, nie sposób akceptować rozpiętości kar za dane zachowanie wypełniając całe *continuum* od 5 dni do 15 lat i jeszcze dodatkowo 25 lat pozbawienia wolności.

Porównując nowo wprowadzone do kodeksu karnego typy przestępstw (w odmianie podstawowej - art. 270a § 1 k.k. i art. 271 § 1 k.k.)

z „klasycznym” przestępstwem skarbowym z art. 62 § 2 k.k.s., należy do wniosku, że stanowi one *leges speciales* względem ogólniejszego typu wystawienia faktury lub rachunku nierzetelnego (jakiegokolwiek). Jaka jest więc prawidłowa kwalifikacja czynów wyczerpujących równocześnie znamiona czynu zabronionego jako przestępstwo z kodeksu karnego i przestępstwo skarbowe z kodeksu karnego skarbowego? Gdyby zbieg taki zachodził „wewnątrz” kodeksu karnego albo „wewnątrz” kodeksu karnego skarbowego odpowiedź byłaby jasna: należałoby dokonać kwalifikacji kumulatywnej, za pomocą wszystkich zbiegających się przepisów (zob. art. 11 § 2 k.k. i art. 7 § 1 k.k.s.). Odmienne jednak ukształtowania została konstrukcja zbiegu czynu stypizowanego w kodeksie karnym skarbowym (przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego) z przestępstwem lub wykroczeniem (czyli czynem z zakresu powszechnego prawa karnego lub wykroczenia). W takim wypadku - zgodnie z art. 8 § 1-2 k.k.s. - zachodzi zbieg idealny. Jeżeli bowiem ten sam czyn będzie cy przestępstwem skarbowym lub wykroczeniem skarbowym wyczerpuje zarazem znamiona przestępstwa lub wykroczenia określonego w przepisach karnych innej ustawy, stosuje się także do tych przepisów. Jeden czyn w znaczeniu ontologicznym staje się więc dwoma czynami w rozumieniu prawnym i za oba może być - jeżeli zachodzi - temu podstawy - przypisana odpowiedzialność i nałożona prawnokarna sankcja¹². Należy zresztą zauważyć, iż zastosowanie instytucji idealnego zbiegu przestępstw (lub wykroczeń) skarbowych z przestępstwami (wykroczeniami) powszechnego prawa karnego może nastąpić nie tylko w ramach odrębnych postępowań, ale także w tym samym postępowaniu¹³.

Kiedy jednak należy sięgnąć po art. 8 § 1 k.k.s.? Od razu po stwierdzeniu zaistnienia zbiegu czy jednak po uprzednim zastosowaniu reguł wyłączenia wielocienności, w szczególności zasady specjalności? Nierzadko przecie czyn zabroniony stypizowany w kodeksie karnym skarbowym jest „szczególnym przypadkiem” innego, ogólniejszego, stypizowanego w kodeksie karnym. Gdyby więc kierować się regułą specjalności, sięgnięcie po art. 8 § 1 k.k.s. byłoby zbędne.

W początkowym okresie obowiązywania kodeksu karnego skarbowego kwestia ta (pojawiająca się głównie na tle oszustw) rozstrzygana

¹² Ten dualizm, mogący nasuwać powątpiewanie co do wdrożenia zasady *ne bis in idem*, jest jednak usunięty na poziomie sankcji przez przyjęcie zasady podobnej jak przy zbiegu kumulatywnym, to znaczy wykonywaniu co do zasady tylko kary najsurowszej (ewentualnie kar najsurowszych, jeżeli obok kary pozbawienia wolności orzeczono więcej niż jedną karę grzywny). Co do rodków karnych stosuje się za odpowiednio przepisy o karze łącznej.

¹³ Zob. wyrok SN z dnia 10 października 2016 r., IV KK 152/16, LEX nr 2148637.

była w orzecznictwie s dowym rozbie nie. Tak e na poziomie S du Najwy szego zarysowały si w przeszło ci dwie przeciwstawne linie orzecznicze, co zreszt zostało propagandowo wykorzystane w niesławnej „kampanii billboardowej” w 2017 r. oraz w tle prac nad ustaw o S dzie Najwy szym¹⁴. Utrzymuj ca si przez dłu szy czas rozbie no spowodowała wyst pienie przez pierwszego prezesa S du Najwy szego do składu siedmiu s dziów S du Najwy szego o rozstrzygni cie rozbie no ci w wykładni prawa, wyst puj cej w orzecznictwie najwy szego organu władzy s downiczej i s dów powszechnych w zakresie dotycz cym nast puj cych zagadnie prawnych:

1. Czy reguły wyl czania wielo ci ocen maj zastosowanie do regulacji zawartej w art. 8 k.k.s.?
2. O ile zasadne jest stosowanie reguł wyl czania wielo ci ocen, czy art. 76 § 1 k.k.s. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 286 § 1 k.k.?

W wydanej 24 stycznia 2013 r. w składzie siedmiu s dziów uchwa le¹⁵ S d Najwy szy orzekł, e reguły wyl czania wielo ci ocen maj zastosowanie jedynie w wypadku zbiegu przepisów ustawy, natomiast nie stosuje si ich w razie idealnego zbiegu czynów zabronionych, o którym mowa w art. 8 § 1 k.k.s. Innymi słowy, wynikaj ce z art. 8 § 1 k.k.s. „rozdzielenie” pojedynczego w ontologicznym rozumieniu czynu na dwa („powszechny” i „skarbowy”) ma - w ocenie składu siedmiu s dziów S du Najwy szego - nast pi najpierw, dopiero za potem ma nast pi kwalifikacja obu ju „w ramach” prawa karnego powszechnego i skarbowego (by mo e z zastosowaniem - ale dopiero wówczas - reguł wyl czania wielo ci ocen).

Jest zrozumiałe, e takie stanowisko prezentowane jest aktualnie w orzecznictwie s dów. Nie zako czyło to jednak dyskusji doktrynalnej i nadal jest wyra ane (i gruntownie uzasadniane) stanowisko, zgodnie z którym nie sposób art. 8 § 1 k.k.s. odnosi do sytuacji pozornego zbiegu przepisów, jaka ma zachodzi - zgodnie z t koncepcj - np. pomi dzy art. 62 § 2 k.k.s a art. 271 k.k.¹⁶ W takich przypadkach zastosowanie ma mie w pierwszej kolejno ci reguła specjalno ci, a tym samym w kwalifikacji prawnej powinien si pojawia wyl cznie przepis kodeksu karnego skarbowego. Je li za stoi si na stanowisku, e art. 8 § 1 k.k.s. nie znajduje zastosowania do zbiegów pozornych, konsekwentnie uzna

¹⁴ Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o S dzie Najwy szym (Dz.U. z 2018 r. poz. 5).

¹⁵ Uchwała SN z dnia 24 stycznia 2013 r., I KZP 19/12, OSNKW 2013 nr 2, poz. 13, s. 38.

¹⁶ Zob. na ten temat: A. Liszewska, *Odpowiedzialno karna...*, *op. cit.*, s. 20-21 i tam szeroko powoływana literatura.

trzeba, i w takim wypadku wył. czn. kwalifikacj. prawn. powinien by. odpowiedni przepis kodeksu karnego. Tym bardziej nale. ałoby to odnie. do typów kwalifikowanych¹⁷.

A jaka jest skala zjawiska, w szczególności jeżeli chodzi o najpoważniejsze przypadki czynów „fakturowych”? Z publikowanych na stronie Ministerstwa Sprawiedliwości statystyk wynika, że w 2015 r. za przestępstwo skarbowe z art. 62 § 2 k.k.s.¹⁸ skazano 150 osób, w tym na warunkowo zawieszoną karę pozbawienia wolności – dwie, za karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia – jedną osobę. Dla 2016 r. analogiczne liczby to odpowiednio: 228, 7 i 2¹⁹. Jak więc widać, dotychczasowa liczba skazanych umiarkowanie nadaje się na uzasadnienie nowej kryminalizacji w kodeksie karnym. Nie przekreśla to oczywiście zasadności takiej operacji w oczekiwaniu na narastanie pewnych zjawisk, próżno jednak szukać rozwiązania tej kwestii w uzasadnieniu projektu.

Wadliwość nowej regulacji polega także i na tym, że kryminalizacja objęta jako przestępstwa *sui generis* zachowania pojawiające się „na przedpolu” czynów stanowiących przestępstwa skarbowe. Zachowania te są na drodze przestępstwa (*iter criminis*) typowo czynnościami o charakterze przygotowawczym, podejmowanymi przez sprawców w celu stworzenia sobie (względnie innym osobom) warunków do popełnienia głównego przestępstwa. Zachowania takie są więc zazwyczaj zasadnie postrzegane jako posiadające mniejszy ładunek społecznej szkodliwości, niżli zasadnicze przestępstwo (odpowiednio: przestępstwo skarbowe), któremu są podporządkowane. Dlatego też zazwyczaj zagrożenie karą jest wówczas odpowiednio niższe (jeżeli w ogóle występuje). Co więc, w wypadku dokonania przestępstwa głównego

¹⁷ Tak też: *ibidem*, s. 22.

¹⁸ W dołączonej do projektu ustawy *Ocenie skutków regulacji* podano dane dla wszystkich skazanych z wszystkich paragrafów art. 62 k.k.s., a więc także za wykroczenie skarbowe niewydania paragonu lub nieprzechowywania faktury, co nie tylko czyni te dane całkowicie nieprzydatnymi do wykazania kryminalnopolitycznej zasadności czy konstytucyjnej proporcjonalności proponowanej wówczas zmiany, ale zdaje się dawać podstaw do daleko idących przypuszczeń co do intencji projektodawców.

¹⁹ Sposoby prezentacji danych statystycznych (pod uwagę bierze się kwalifikację główną) oraz względnie związane z kwalifikacją prawną zachowania złoonych sprawiają, że bliździe byłoby przekonanie, iż te dane oddają ogólną liczbę skazanych za nadużycia polegające m.in. na wystawianiu nierzetelnych faktur, po rednio potwierdzają jednak konieczność rzetelnego uzasadnienia propozycji tworzenia nowych typów typu fałszu materialnego i intelektualnego w prawie karnym powszechnym, typów zagrożonych karą bez porównania przecie surowszymi niż przewidziane w kodeksie karnym skarbowym.

omija się te popełnione „po drodze” przestępstwa - właściwie nie dlatego, że popełnione były w istocie całkowicie podporządkowane przestępstwu głównemu. Uwzględniając treść art. 8 § 1 k.k.s. i jego obecnie przyjmowane w orzecznictwie rozumienie, takie pominięcie nie jest oczywiście niemożliwe, jeżeli wspomniane czynności (w istocie przygotowawcze) do danego przestępstwa skarbowego są stypizowane jako przestępstwo *sui generis* poza prawem karnym skarbowym. Jednak dopóki zostaje zachowana proporcjonalność groźnych sankcji, dopóty taka sytuacja daje się uzasadnić kryminalnopolitycznie i nie budzi zasadniczych zastrzeżeń. Niestety nie sposób uznać za prawidłową sytuację, gdy przestępstwo główne jest zagrożone w przepisach kodeksu karnego skarbowego stosunkowo niewielką karą pozbawienia wolności²⁰ (i tak zresztą bardzo rzadko stosowaną), czynności zaś, które dopiero stwarzają warunki do tego przestępstwa, są zagrożone karą surowszą, za w typie kwalifikowanym stanowi wręcz zbrodni i to o dodatkowo podniesionej dolnej granicy zagrożenia karą pozbawienia wolności.

Penalizacja tych zachowań w kodeksie karnym zamiast w kodeksie karnym skarbowym ma te i takie konsekwencje, że pozbawia sprawcę możliwości, jakie dają instytucje prawa karnego skarbowego, przede wszystkim czynności z art. 16 k.k.s., korekta deklaracji z art. 16a k.k.s. oraz - tu jednak w ograniczonym zakresie - dobrowolne poddanie się odpowiedzialności z art. 17 k.k.s.

Uzasadnienie projektu zdaje się - przynajmniej po reddie - wskazywać, że jest to zabieg celowy i wiadomy, podyktowany przekonaniem, iż chodzi o powołane zachowania podejmowane zazwyczaj w ramach zorganizowanych grup przestępczych, że wystarczające mogą być możliwości złagodzenia własnej odpowiedzialności zawarte w nowo wprowadzanych przepisach. Czynnego alu dotyczą bowiem dwa ostatnie przepisy spośród wprowadzonych nowelizacji z dnia 10 lutego 2017 r. do części szczególnej kodeksu karnego - wysoce kazuistyczne art. 277c i art. 277d k.k. Przewidują one:

- 1) obowiązkowe nadzwyczajne złagodzenie kary na wniosek prokuratora (jeżeli sprawca zawiadomił o przestępstwie określonym w art. 270a § 1 lub 2 lub art. 271a § 1 lub 2 nim organ powołany do ścigania przestępstw i ujawnił wszystkie istotne okoliczności przestępstwa, a także wskazał czyny pozostające w związku z popełnionym przez niego przestępstwem i ich sprawców, zanim organ ten o nich się dowiedział (art. 277c § 1);

²⁰ Jeżeli przestępstwo skarbowe nie wyjdzie poza stadium usiłowania, to - zgodnie z art. 21 § 2 k.k.s. - górna granica zagrożenia karą jest obniżona o 1/3.

- 2) fakultatywne odstąpienie od wymiaru kary na wniosek prokuratora, jeżeli sprawca przestępstwa określonego w art. 270a § 1, 2 lub 3, art. 271a § 1, 2 lub 3 lub art. 277a § 2 - oprócz spełnienia warunków określonych w § 1 - zwrócił korzyść majątkową osi gni t z popełnienia tego przestępstwa w całości albo w istotnej części (art. 277c § 2);
- 3) fakultatywne nadzwyczajne złagodzenie kary, jeżeli sprawca przestępstwa określonego w art. 277a § 1 - oprócz spełnienia warunków określonych w § 1 - zwrócił korzyść majątkową osi gni t z popełnienia tego przestępstwa w całości albo w istotnej części (art. 277c § 3). Przepisy art. 277c § 1 i 3 stosuje się odpowiednio do sprawcy, który po wszczęciu postępowania ujawnił wobec organu powołanego do śledzenia przestępstw wszystkie jemu znane, a nieznanne do tychczas temu organowi istotne okoliczności przestępstwa, a także wskazał czyny pozostające w związku z popełnionym przez niego przestępstwem i ich sprawców (art. 277d).

Identyfikacja jak przy czynnym alu w kodeksie karnym skarbowym przepis nie wymaga dobrowolności działania sprawcy. Jest to sytuacja odmienna od istniejącej w wypadku klauzul czynnego alu przy przestępstwach gospodarczych w kodeksie karnym (zob. art. 296 § 5, art. 297 § 3, art. 298 § 2, art. 299 § 8 oraz art. 307 § 1 i 2 k.k.). Zdaje się to po rednio potwierdzać karnoskarbowy w istocie charakter nowych typów przestępstw, umieszczonych jednak w kodeksie karnym z racji zupełnie nieprzystających do prawa karnego skarbowego sankcji. Zarazem trzeba jednak zauważyć podobieństwo tych klauzul czynnego alu z art. 277c i art. 277d k.k. do instytucji małego wiadka koronnego (zob. art. 60 § 3 i 4 k.k.), gdzie również brak wymogu dobrowolności i jest to silnie uzasadnione względami kryminalnopolitycznymi. Podobieństwo to zresztą każe zadać pytanie o sensowność wprowadzenia tych dwóch nowych przepisów, dotyczących sytuacji i tak już przecie objętych obowiązuje art. 60 § 3 i 4 k.k.

Lektura do skromnego uzasadnienia oraz analiza nowo wprowadzonych do kodeksu karnego typów „fakturowych” pozwala na formułowanie pewnych ocen z zakresu polityki prawa. Biorąc pod uwagę rangę wprowadzonych zmian, samo uzasadnienie należy ocenić jako zdawkowe i ogólnikowe. Swojego twierdzenia, że nowe przepisy są jakoby konieczne dla przeciwstawienia się skali i dynamiki wzrostów wyłudzeń podatku od towarów i usług zagranicą, stabilności budżetu państwa, a w konsekwencji wręcz bezpieczeństwa wewnętrznego i fundamentów funkcjonowania państwa(!), co miałyby sytuować te przestępstwa w jednym rzędzie z najpoważniejszymi przestępstwami przeciwko Rzeczypospolitej(!), autorzy uzasadnienia w ogóle nie ilustrują adekwatny-

mi danymi empirycznymi²¹. Należy się więc zgodzić z dobrze umotywowanymi zastrzeżeniami podniesionymi w opinii Sądu Najwyższego²², który wskazał na niewykazanie konieczności projektowanego zastrzeżenia oraz na zlekceważenie wymogu uwzględnienia rodzaju chronionego dobra prawnego oraz społecznej szkodliwości kryminalizowanych czynów, zwłaszcza w aspekcie drastycznie naruszonej wewnętrznej spójności aktu normatywnego. Przypisanie fałszerstwu dokumentu kary niewiele niżej zabójstwu, wyszejał na przykład zgwałceniu zbiorowemu lub ze szczególnym okrucieństwem albo handlowi ludmi nie sposób przeczyć uznać za prawidłowe. Na to wskazano trafnie także w opinii Krajowej Rady Sądownictwa²³.

Brak tego rzetelnego uzasadnienia proponowanych zmian z punktu widzenia konstytucyjnej zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP)²⁴, zarówno w ogólności, jak i jej zasadach składowych: proporcjonalności w znaczeniu ilościowym, konieczności i adekwatności²⁵.

Jak się zdaje, zasadniczym celem nowych kryminalizacji było radykalne zaostreżenie odpowiedzialności karnej i tym samym wzmożenie represji zachowań prowadzących do zjawiska określanego jako „luka VAT” (*VAT gap*). Oczywiście wcześniej jeszcze nie powołał się na ocenę, czy i w jakim celu w zakresie „uszczelnienia systemu” zostały osiągnięte, obserwacja praktyki pozwala jednak zaryzykować przypuszczenie, że nie zostały, i nie będzie to miało zauważalnego wpływu na podatkowe rzeczywistość. Wspomniana „luka VAT” nie jest zresztą w Polsce – i nigdy nie była – szczególnie duża na tle innych państw Unii Europejskiej²⁶.

Nowo wprowadzone przepisy objęły stany faktyczne dotychczas obejmowane zakresem art. 62 § 2 k.k.s. (te zresztą ostatnio znowelizowanego – przez wyrażone podniesienie sankcji). Jest to element obserwowanego na przestrzeni lat zjawiska „przesuwania się” rodaków prawnokarnej ochrony przed wyłudzeniami podatku od towarów i usług ze sfery prawa karnego skarbowego do sfery prawa karnego. Powierzchniowym wytłumaczeniem tego zjawiska mogłoby być operowanie przez

²¹ K. Radzikowski, *Nowelizacja kodeksu karnego...*, *op. cit.*, s. 35.

²² Opinia Sądu Najwyższego.

²³ Opinia Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 13 października 2016 r.

²⁴ O jej znaczeniu dla prawa karnego zob. wyrok TK z dnia 4 września 2007 r., P 43/06, LEX nr 316027.

²⁵ Opinia Rady Legislacyjnej z dnia 26 października 2016 r. o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, dostępna na: www.radalegislacyjna.gov.pl.

²⁶ Zob. na przykład: *Study and Reports on the VAT Gap in the EU-28 Member States. 2016 Final Report*, dostępna na: www.ec.europa.eu.

prawo karne surowszymi sankcjami niż prawo karne skarbowe oraz niekiedy dłuższe okresy przedawnienia, byłoby to jednak wyjaśnienie niekompletne. W istocie jest bowiem tak, że specyfika wyłudzeń VAT w znacznie większym stopniu odpowiada specyfice „zwykłych” wyłudzeń, niż uszczupleń innych należności publicznoprawnych. Można powiedzieć, że są to wyłudzenia dokonywane z wykorzystaniem mechanizmów podatkowych (podatku od towarów i usług), nie zaś typowe nadużycia podatkowe²⁷. Co do zasady więc posługiwanie się instrumentami prawa karnego powszechnego jest tu – co może zabrzmić zaskakująco – kryminalnopolitycznie uzasadnione.

Spojrzenie na nowo wprowadzone przepisy przez pryzmat rozwoju – wczepniej kwestii zbiegu idealnego przepisów kodeksu karnego i kodeksu karnego skarbowego – pozwala dostrzec coś jeszcze. Otóż przyjęcie koncepcji prymatu art. 8 § 1 k.k.s. nad regułami wyłączenia wielocienocenia sprawia, że zniknęło niebezpieczeństwo kwalifikowania zachowań związanych z wyłudzeniami podatku od towarów i usług wyłącznie za pomocą przepisów kodeksu karnego skarbowego. Jeśli by więc nowe przepisy miały pełnić rolę zabezpieczenia przed takimi sytuacjami (rzeczywiście mogą być niepojędne w przypadku wyłudzeń VAT – z racji ich wczepnie wspomnianej specyfiki), to byłby to bezpiecznik raczej zbędny, nie bowiem nie wskazuje (zwłaszcza dziś) na odwrócenie się linii orzeczniczej Sądu Najwyższego w tej mierze. Gdyby zaś takie zabezpieczenie rzeczywiście było potrzebne – wystarczyłoby podniesienie sankcji w niektórych przepisach kodeksu karnego skarbowego, co zresztą przecie już nastąpiło.

Tak więc wprowadzenie do kodeksu karnego nowych typów „fakturowych” uznaje się za zbędne i nierealizujące celów, które zostały przywołane jako uzasadnienie tej zmiany.

²⁷ Wskazuje na to m.in. K. Radzikowski, *Nowelizacja kodeksu karnego...*, op. cit., s. 35.

Andrzej Marian Wiłkowski

Dopuszczalność stosowania przez pracodawców taktyk i technik pseudokryminalistycznych w stosunkach pracy

W języku polskim, kluczowe w tym opracowaniu, słowo „pseudo-” występuje w dwóch podstawowych formach językowych. W pierwszej jest ono synonimem takich wyrazów jak: *quasi-*, „w pewnym stopniu”, „nie całkiem”, dobrze oddających myślenie przewodni niniejszego opracowania, napisanego z myślą o uczczeniu dwóch imponujących jubileuszy profesora Jana Wiłkowskiego, przypadających w 2018 roku - siedemdziesiąt lat urodzin i pięćdziesiąt lat pracy naukowej rozpoczętej w Katedrze Kryminalistyki ówczesnego Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego. W tym kontekście uzasadnione wydaje się nazwanie przez autora niniejszego opracowania, prawnika zajmującego się przez całe życie zawodowe problematyką prawa pracy, działalnością polskich pracodawców za „pseudokryminalistyczną”, albowiem nie całkiem odpowiadającą wymaganiom stawianym przez dyscyplinę naukową, jak jest kryminalistyka (ang. *criminalistics* lub *forensics*). Ta dyscyplina wiedzy i umiejętności praktycznych została zdefiniowana w internecie¹ jako nauka o taktycznych zasadach i sposobach oraz o technicznych me-

¹ P. Waszkiewicz, *Traktat o dobrej prewencji kryminalnej*, Warszawa-Newark (NJ) 2015.

rodzajach i rodzajach rozpoznawania, a także wykrywania prawnie określonych ujemnych zjawisk społecznych, a w szczególności przestępstw i ich sprawców oraz o udowadnianiu istnienia lub braku związku między osobami a tymi zdarzeniami.

Spośród czterech dziedzin, jakie specjalista w zakresie kryminalistyki wyróżnia w tej dziedzinie wiedzy - taktyki kryminalistycznej, techniki, strategii kryminalistycznej i metodyki kryminalistycznej - zajmuję się dwoma pierwszymi. Analizuję je nie z perspektywy policji państwowej oraz wybitnych polskich specjalistów tej gałęzi praktycznej nauki skrzyżowanej z prawem karnym materialnym i procedur karnym oraz ich naukami pomocniczymi. Nie interesuję mnie również podstawowe funkcje kryminalistyki: 1) rozpoznawcza - mająca zadanie wypracowania metod i rodzajów zbierania i analizowania informacji o działaniach kryminalnych²; 2) wykrywczą - urzeczywistniającą istnienie tej dziedziny praktycznej i naukowej, mającą za zadanie wykrycie sprawcy, jego narzędzi i sposobów dokonania przestępstwa przez zebranie, ocenę i analizę informacji, za pomocą wiedzy metod technik opracowanych przez funkcję rozpoznawczą kryminalistyki³; 3) dowodową - czyli zbieranie niepodważalnych dowodów procesowych oraz 4) zapobiegawczą - mającą za zadanie opracowanie zasad prewencji kryminalnej⁴. Nie mam wystarczająco ciego rozeznania w tych zagadnieniach, nigdy, również w młodości, nie marzyłem, ani nawet nie myślałem o tym, aby pod dyktando Jana Widackiego i jego odkrycia kryminalistycznych, jakich dokonywał współcześnie nie i w przeszłości - w czasach historycznych⁵.

Kryminalistyka, opisywana przez jej znawców, spośród których jednym z najwybitniejszych jest czcigodny Jubilat, któremu poświęca jej niniejsza księga, jej taktyki i techniki postępowania, zainteresowała mnie ze względu na jej popularność praktyczną w środowisku polskich pracodawców. Temu aspektowi wykorzystania kryminalistyki w sferze stosunków pracy poświęca była sesja naukowa zorganizowana w okresie pierwszego dziesięciolecia III Rzeczypospolitej Polskiej przez Wydział

² T. Hanausek, *Kryminalistyka - zarys wykładu*, Kraków 2005, s. 23.

³ E. Gruza, M. Goc, J. Moszczyński, *Kryminalistyka, czyli rzecz o metodach ledczych*, Warszawa 2008; *Kryminalistyka*, red. J. Widacki, Warszawa 2008, s. 371 i nast.

⁴ Autor dziękuje Panu Profesorowi dr. hab. Józefowi Wójcikiewiczowi, kierownikowi Katedry Kryminalistyki Uniwersytetu Jagiellońskiego, wicedyrektorowi Instytutu Ekspertyz Sądowych w Krakowie, profesorowi Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu za pomoc w gromadzeniu informacji oraz usystematyzowaniu wiedzy na temat kryminalistyki.

⁵ J. Widacki, *Detektywi na tropach historii*, Katowice 1988.

Prawa Uniwersytetu Łódzkiego⁶. Wymieniona praca przedstawia praktyki szeroko stosowane wobec kandydatów do pracy i pracowników przez przedsi biorców w pierwszej dekadzie agresywnego rozwoju kapitalizmu w naszym kraju. Wyra nie z nich wynika, e pracodawcy wykorzystuj taktyki i techniki znane i stosowane w kryminalistyce, maj ce na celu wyeliminowanie osób mog cych sprawia kłopoty, i staraj si wyłania spo ród osób ubiegaj cych si o zatrudnienie jednostki w najwi kszym stopniu zdolne i gotowe podporz dkowa sie pracodawcy oraz niesprzeciwiaj ce si , a nawet wr cz akceptuj ce, dominuj c pozycj pracodawcy w zobowi zaniowych, opartych na zasadzie formalnej równo ci stron stosunkach prawnych, w ramach których wykonywana jest praca zarobkowa. Oficjalne taktyki i techniki kryminalistyczne, do których mi dzy innymi zaliczane s przeszukania osób i pomieszcze , badania wariograficzne (poligraficzne), rozmaite postacie inwigilacji, jak kontrola korespondencji, monitoring, geolokalizacja w miejscu, w czasie pracy oraz w czasie wolnym od pracy, s regulowane obowi zuj cymi przepisami prawa karnego, materialnego i procesowego oraz - w przypadku osób osadzonych w zakładach karnych - przepisami kodeksu karnego wykonawczego i regulaminami organizacyjno-porz dkowymi wykonywania kary pozbawienia wolno ci. Wymienione akty prawa karnego s wykorzystywane przez pa stwowe organy cigania i nale do kategorii oficjalnie obowi zuj cych przepisów ustalaj cych i reguluj cych prawnie obowi zuj ce taktyki i techniki kryminalistyczne. Natomiast niemaj ca oparcia w obowi zuj cych ródlach prawa praktyka polegaj ca na na ladownictwie obowi zuj cych norm prawnych zainicjowana i realizowana przez przedsi biorców, ubiegaj cych si o sprawowanie pełnej kontroli nad post powaniem zatrudnionych przez siebie pracowników, nie mo e by inaczej nazwana jak proces na ladownictwa pseudokryminalistycznych taktyk i technik w stosunkach pracy.

Termin „pseudo-” ma w j zyku polskim drugie znaczenie, które dobrze obrazuje materi , o której pisz . Okre lenie „pseudo-” w j zyku potocznym oraz gwarze „klientów” szeroko rozumianych organów wymiaru sprawiedliwo ci jest wykorzystywane dla okre lenia pseudonimu, przydomku, ksywy, ksywki, alternatywnego imienia - *alias* lub *nicku* osób b d cych „na bakier” z prawem. W opracowaniu drukowanym w pracy zbiorowej przygotowanej dla upami tnienia jubileuszu profesora kryminalistyki u ycie tej drugiej formy j zykowej znakomicie odzwierciedla istniej cy dystans mi dzy podmiotami aktywnie uczestnicz cymi w budowaniu wzajemnych, opartych na dialogu społecznym relacji w in-

⁶ Zob. *Kontrola pracownika. Mo liwo ci techniczne i dylematy prawne*, red. Z. Góral, Warszawa 2010.

dywidualnych i zbiorowych stosunkach pracy oraz strażników porządku prawnego, ciążących osoby będące w konflikcie z prawem. Pisz ten tekst przygotowywany dla uczczenia dorobku naukowego i literackiego profesora Jana Widackiego, pragnę wyrazić przekonanie o konieczności wprowadzenia do polskiego systemu prawa zakazu przenoszenia do stosunków pracy taktyk i technik kryminalistycznych. Zakłady pracy funkcjonują bowiem na innych zasadach niż zakłady karne. Zatrudnieni w nich pracownicy korzystają z ochrony przysługujących im uprawnień do ochrony dóbr osobistych oraz ochrony prywatności. Zawierając umowę o pracę, przystępując do pracy zarobkowej pod kierownictwem pracodawcy, wykonywanej w miejscu i czasie wskazanym przez pracodawcę, pracownik korzysta z ochrony gwarantowanej przepisami art. 51 ust. 1 Konstytucji RP, art. 11¹ k.p. oraz art. 23 k.c.⁷ Przedsiębiorcy nie są ani organami władzy publicznej, ani nie pełnią roli nadzorców zakładów karnych. Nie powinni więc móc korzystać z адnych uprawnień do kontrolowania pracowników, których zatrudniają, opartych na podstawie potocznej zasady „dozwolone jest to, co nie jest prawnie zabronione”. W okresie przejściowym od agresywnego kapitalizmu do konstruowania społecznej gospodarki rynkowej w demokratycznym państwie prawa powinien więc być wprowadzony zakaz stosowania i korzystania w stosunkach pracy przez pracodawców taktyk i technik wykorzystywanych przez organy bezpieczeństwa państwa oraz organy wymiaru sprawiedliwości, funkcjonujące w sferze publicznej. Ide przewodni niniejszego opracowania symbolizuje apel o ustanowienie przez państwo zakazu korzystania przez pracodawców w stosunkach pracy z taktyk i technik kryminalistycznych wykorzystywanych przez policję i inne organy odpowiedzialne za utrzymanie stanu bezpieczeństwa publicznego. Powyższy apel uzasadniam rozważaniami prawnoporównawczymi dotyczącymi bogatych, legislacyjnych i jurysdykcyjnych do władz amerykańskich i znacznie mniej zaawansowanymi rozważaniami na ten temat, opartymi niemal wyłącznie na polskim dorobku doktryny prawa pracy i skromnej judykatury.

*

Podstawowym przepisem prawa pracy w sprawach odnoszących się do ochrony dóbr osobistych w stosunkach pracy jest art. 11¹ k.p. W powołanej normie prawnej ustawodawca nakazuje pracodawcy szanować godność i inne dobra osobiste pracownika. Godność w prawie pracy ro-

⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.); ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz.U. z 1974 r. Nr 24, poz. 141); ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 ze zm.).

zumiana jest jako poczucie własnej wartości pracownika⁸. Godność pracownika jest chroniona w polskim prawie na warunkach regulowanych standardami międzynarodowymi sformułowanymi w przepisach prawa pracy Unii Europejskiej o równym traktowaniu i zakazie dyskryminacji w zatrudnieniu⁹ oraz podpisanej, lecz dotychczas nieratyfikowanej przez Polskę, Zrewidowanej Europejskiej Karty Społecznej uchwalonej przez Radę Europy 3 maja 1996 r.¹⁰ Ten ostatni traktat europejski zobowiązuje w art. 20 państwa członkowskie Rady Europy do przestrzegania zasady równego traktowania w sprawach zatrudnienia i wykonywania zawodu bez dyskryminacji ze względu na płeć pracowników i osób ubiegających się o zatrudnienie¹¹. Wymieniona norma prawna z jednej strony nakazuje władzom państw członkowskich, które ją ratyfikowały, uznać powyższe prawo pracowników i kandydatów do pracy do równych szans i równego traktowania w stosunkach pracy, jednocześnie nie zakazuje im tolerowania dyskryminacji w zatrudnieniu oraz zobowiązuje do podjęcia odpowiednich środków w celu zagwarantowania przestrzegania powyższego prawa w sprawach dostępu do zatrudnienia, ochrony przed rozwianiem stosunku pracy, reintegracji zawodowej, poradnictwa i szkolenia zawodowego, przekwalifikowania i readaptacji zawodowej oraz warunków zatrudnienia, w tym wynagrodzenia i przebiegu kariery zawodowej, włącznie z awansami na wyższe stanowiska¹². W odróżnieniu od art. 11¹ k.p., który ma prostą konstrukcję prawną, albowiem apeluje do pracodawcy, aby szanował godność i inne prawa osobiste pracownika, art. 20 Zrewidowanej Europejskiej Karty Społecznej został skonstruowany w sposób znacznie bardziej wyrafinowany. Prawodawca europejski nie ograniczył się wyłącznie do nałożenia na państwa członkowskie obowiązku przestrzegania tej normy, lecz również nakazał im wypracować odpowiednie środki gwarantujące przestrzeganie powyższego obowiązku przez poświadczonych adresatów powyższego przepisu – przyszłych pracowników zatrudniających pracowników. Ponadto wyraźnie i stanowczo zabronił dyskryminowania pracowników i kandydatów do pracy oraz uczynił odpowiedzialnymi za wyegzekwowanie powyższego zakazu władze poszczególnych państw członkowskich, które ratyfikowały tę normę.

⁸ A.M. Wiłkowski, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 63 i nast.

⁹ *Idem*, *Prawo pracy Unii Europejskiej*, Warszawa 2015, s. 80 i nast.

¹⁰ *Idem*, *Labour Law. Council of Europe*, Alphen aan den Rijn 2016, s. 184 i nast.

¹¹ *Idem*, *Karta praw społecznych Rady Europy*, Warszawa 2006, s. 230 i nast.

¹² *Idem*, *Charter of Social Rights of the Council of Europe*, Alphen aan den Rijn 2007, s. 160 i nast.; zob. te J. Markiewicz, *Prawo pracownika do prywatności w europejskim systemie ochrony praw człowieka*, [w:] *Kontrola pracownika. Możliwość i granice*, op. cit., s. 95 i nast.

Przepis art. 11¹ k.p. zobowiązuje polskich przedsiębiorców do postępowania w sposób, który ma świadczyć o szacunku wobec pracowników z powodu ich umiejętności zawodowych, pozycji społecznej, przynależności do grupy narodowościowej, wyznaniowej, rasowej oraz tolerancji dla przekonań politycznych i światopoglądu. W stosunkach pracy powinny liczyć się wyłącznie umiejętności zawodowe, pozytywne nastawienie do pracy oraz majątku pracodawcy. Ważne jest również dbałość o stronę indywidualnych stosunków pracy o interesy drugiej strony. Pracownik i pracodawca są bowiem równymi partnerami społecznymi, zobowiązanymi do wzajemnej współpracy i lojalności. W związku z powyższym pracodawca, któremu art. 22 § 1 k.p. przyznaje uprawnienie do sprawowania władzy nad pracownikami przez niego zatrudnionymi, nie powinien wykorzystywać przysługujących mu uprawnień kierowniczych w sprawach niezawodowych. Władcze uprawnienia pracodawcy wobec pracownika odnoszą się bowiem wyłącznie do wykonywania rodzaju pracy uzgodnionego przez strony indywidualnego stosunku pracy w zawartej umowie o pracę, miejsca i czasu wykonywania pracy przez pracownika oraz terminu rozpoczęcia pracy (art. 29 § 1 k.p.). W drodze polecenia pracodawcy powyższe przedmiotowo istotne (*essentialia negotii*) warunki umowy o pracę mogą być zmienione wyłącznie w przypadkach uzasadnionych potrzebami pracodawcy na okres nieprzekraczający trzech miesięcy w roku kalendarzowym (art. 42 § 4 k.p.). Indywidualne stosunki pracy mają oparcie prawne w podstawowej zasadzie prawa pracy, jak jest równość stron. Zakres władztwa pracodawcy jest więc ograniczony przepisami prawa pracy. Jednakże ze względu na bezpośrednie kontakty ludzi pozostających w tym samym czasie w jednym miejscu, jakim jest zakład pracy, tworzą się między pracownikami rozmaite nieregulowane przepisami prawa, a więc nieformalne, relacje. Z tego względu art. 11¹ k.p. nie ogranicza obowiązku pracodawcy do poszanowania godności pracownika, ale również zobowiązuje go do szanowania innych, nieuregulowanych przepisami prawa pracy dóbr osobistych przykładowo wymienionych w art. 23 k.c. Są to: zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko i pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska. Powyższe wyszczególnienia rodzajów dóbr osobistych objętych ochroną prawną są systematycznie uzupełniane. W prawie pracy dobrami osobistymi są: praca w bezpiecznych i higienicznych warunkach¹³, prawo do wypoczyn-

¹³ Wyrok SN z dnia 21 czerwca 2011 r., III PK 96/10, „Monitor Prawa Pracy” 2010, nr 3, s. 143.

ku oraz sfera prywatności pracownika¹⁴. W doktrynie prawa pracy uważa się, że art. 11¹ k.p. stanowi podstawę prawną uprawnień każdego człowieka, a więc także pracownika, do ochrony prywatności. Godność jest nie tylko połączona z wolnością, ale stanowi „ródło wolności, praw człowieka i obywatela” (art. 30 Konstytucji RP). Wolność jako podstawowe prawo i dobro osobiste człowieka, objęte ochroną cywilno-prawną przez przepis art. 23 k.c. jest traktowana w judykaturze prawa pracy jako dodatkowa ochrona, wzmacniająca ochronę prawną regulowaną art. 11¹ k.p.¹⁵ W literaturze prawa pracy dominuje zapatrywanie o kumulatywnym zbiegu przepisów art. 11¹ k.p. i art. 23 k.c.¹⁶ W sprawach prezentowanych w niniejszym opracowaniu istotne znaczenie mają takie dobra osobiste jak różne rodzaje prywatności: prywatność fizyczna, decyzyjna, informacyjna i formacyjna¹⁷. W stosunkach pracy prawo do niekontrolowanej przez pracodawcę przestrzeni życiowej pracownika jest niezwykle istotnym uprawnieniem zasługującym na daleko posuniętą ochronę prawną. Prywatność słusznie jest traktowana jako warunek *sine qua non* efektywnego korzystania z wolności¹⁸. Ma bowiem decydujące znaczenie w procesie kształtowania poczucia bezpieczeństwa człowieka¹⁹. Umożliwia bowiem każdemu człowiekowi wypracowanie przekonania o posiadaniu zdolności przeciwstawiania się wieszko ci lub nawet wszystkim problemom oraz umożliwia wypracowanie odporności na rozmaite przeszkody, jakie mogą się zdarzyć w środowisku pracy²⁰. Trafnie Marcin Wujczyk uważa, że korzystanie w stosunkach pracy przez pracownika z określonej przestrzeni wolności, niepoddanej kontroli przez przedsiębiorcę, w znacznym stopniu wpływa „na zwiększenie poczucia poszanowania pracownika przez pracodawcę”²¹.

*

¹⁴ M. Wujczyk, *Prawo pracownika do ochrony prywatności*, Warszawa 2012, *passim*.

¹⁵ Wyrok SN z dnia 10 maja 2012 r., II PK 215/11, OSNP 2013, nr 9-10, poz. 106, teza trzecia.

¹⁶ Z. Góral, *Kontrola pracownika a zasada ochrony jego godności i innych dóbr osobistych - zagadnienia wybrane*, [w:] *Kontrola pracownika. Możliwość i granice*, op. cit., s. 39 i nast. i powołana tam literatura.

¹⁷ S. Scoglio, *Transforming Privacy. A Transpersonal Philosophy of Rights*, London 1998, s. 1-2. Powołuję za: M. Wujczyk, *Prawo pracownika*, op. cit., s. 29, przyp. 18.

¹⁸ M. Pawulski, *Prawo do prywatności osób publicznych*, Toruń 2003, s. 24.

¹⁹ M. Wujczyk, *Prawo pracownika*, op. cit., s. 33.

²⁰ Zob. Z. Zaleski, *Prawo do prywatności - aspekty psychologiczne*, [w:] *Prawo do prywatności. Aspekty prawne i psychologiczne*, red. K. Motyka, Lublin 2001, s. 129.

²¹ M. Wujczyk, *Prawo pracownika*, op. cit., s. 35.

Prywatność stanowi istotny warunek efektywnego rozwoju jednostek ludzkich²², występujących w indywidualnych stosunkach pracy, zarówno w społecznych rolach pracowników, jak i pracodawców. Do takiego wniosku judykatura w Stanach Zjednoczonych doszła w latach 60. ubiegłego stulecia²³. Sąd Najwyższy USA w 1965 r. w końcu ogłosił orzeczenie w sprawie *Griswold v. Connecticut*²⁴, i prawo do ochrony prywatności pracowników zatrudnionych w sektorze prywatnym podlega konstytucyjnej ochronie. 22 lata później ten sam sąd po raz pierwszy orzekł w sprawie *O'Connor v. Ortega*, i w sprawach cywilnych, do których zaliczane są sprawy z zakresu prawa pracy, wszystkim pracownikom, również zatrudnionym w administracji publicznej, przysługują uprawnienia do ochrony prywatności, co jest chronione Konstytucją USA. Od tego czasu prawo do ochrony prywatności wszystkich zatrudnionych zostało uznane za najbardziej dynamicznie rozwijający się instytucja prawa. Jedną z pierwszych publikacji na temat ochrony pracowniczego prawa do prywatności był raport *Workplace Privacy* opublikowany w 1987 r. przez The Bureau of National Affairs (BNA) w Waszyngtonie. Zagrożenie prywatności pracowników wynikające z kontroli sprawowanej przez pracodawców prywatnych i publicznych było w Stanach Zjednoczonych tak poważne, że w 72% spraw wniesionych przez pracowników, skargach pracodawców o odszkodowanie za ingerowanie w ich prywatne sprawy w czasie świadczenia pracy, zostały wydane przez sądy cywilne korzystne orzeczenia dla pracowników. Przeciwnie odszkodowanie zasądzone w pierwszym okresie (lata 1985-1988) objęcia ochroną prawną prawa do prywatności przez Sąd przysięgłych na rzecz poszkodowanych pracowników wynosiło 375,307 dolarów²⁵. W opinii Sądu Najwyższego USA każda osoba ubiegająca się o zatrudnienie ma uzasadnione ekspektatywy, że w procesie rekrutacji do pracy, jak również po nawiązaniu stosunku pracy, jej indywidualne uprawnienie podmiotowe do ochrony prywatności będzie przez pracodawców honorowane. Amerykańska Deklaracja niepodległości (*The Declaration of Independence*) stanowi, że ludzie mają pewne prawa niezbywalne (*inalienable rights*). Prawo do ochrony prywatności jest w USA jednym z takich uprawnień. Konstytucja USA nie wymienia pra-

²² E. Fromm, *Rewolucja nadziei. W stronę uczłowieczonej technologii*, tłum. A. Kochan, Poznań 1996, s. 71.

²³ I.M. Shepard, R.L. Duston, K.S. Russel, *Workplace Privacy. Employee Testing, Surveillance, Wrongful Discharge and Other Areas of Vulnerability. A BNA Special Report*, The Bureau of National Affairs, Inc., Washington 1989, s. 1 i nast.

²⁴ 381 U.S. 479, 85 S.Ct. 1678 (1965).

²⁵ I.M. Shepard, R.L. Duston, K.S. Russel, *Workplace Privacy...*, op. cit., s. 2.

wa do ochrony prywatności jako uprawnienia chronionego ustaw zasadniczym. Jednakże już w 1928 r. sędzia Sędzi Najwyższego USA James Louis D. Brandeis w odrębnej opinii ogłoszonej w sprawie *Olmstead v. United States*²⁶ jako pierwszy oddał istotę i sens ochrony tego uprawnienia. Wystąpił przeciwko nieuzasadnionemu przeszukaniu osoby, orzekł, że każdy człowiek będący obywatelem lub legalnym rezydentem w Stanach Zjednoczonych ma naturalne prawo do tego, aby nie być niepokojonym przez władzę. *Right to be let alone* zostało przez Sędzi Najwyższego USA uznane 63 lata później, w wymienionej wcześniej sprawie *Griswold v. Connecticut*²⁷, za uprawnienie podmiotowe. Orzeczenie w tej sprawie było jednym z pierwszych, powołujących do życia społecznej sfery prywatności (*zones of privacy*). 24 lata później Sędzi Najwyższego USA doszedł do przekonania, że sfera prywatności może być stworzona w każdej dziedzinie stosunków społecznych. Znajduje bowiem oparcie w 14 poprawce do Konstytucji USA, gwarantującej jednostkom ludzkim niezależność w podejmowaniu decyzji oraz ochronę prywatności w ich sprawach osobistych. Wymieniona prawna koncepcja ochrony prywatności, uzupełniona czwartą poprawką do Konstytucji USA, gwarantuje każdemu wolność od ingerencji instytucji publicznych w wewnętrzne sfery prywatnych spraw. Prawo do prywatności zostało sformułowane przez judykaturę amerykańską jako uprawnienie do uniknięcia ingerencji władzy publicznej w prywatne sprawy jednostki. W orzeczeniu wydanym w sprawie *Whalen v. Roe*²⁸ sprawa dotyczyła kontroli władz publicznych legalnego zakupu przez obywateli zalecanych przez lekarza narkotyków. Zdaniem sędziego Sędzi Najwyższego USA Paula Stevensa rejestrowanie osób zażywających narkotyki także w celach leczniczych jest niezgodne z gwarantowaną Konstytucją USA ochroną życia prywatnego obywateli²⁹. W sprawach z zakresu prawa pracy Sędzi Najwyższego USA pod koniec lat 60. orzekł, że pracownicy „w pewnych sytuacjach” mają prawo uważać, że przysługuje im ochrona w miejscu pracy³⁰ przed wcześniej nieograniczonym dostępem władz publicznych do dokumentów zwiazkowych³¹. W sprawie *O'Connor v. Ortega*³² Sędzi Najwyższego USA orzekł, że pracownikom stanowym przysługuje ekspektatywa ochrony

²⁶ 277 U.S. 438, 471, 48 S.Ct. 564, 570 (1928) (Brandeis J., dissenting).

²⁷ Powyższa sprawa nie dotyczyła stosunków pracy, lecz stosowania środków antykoncepcyjnych przez małonków.

²⁸ 429 U.S. 589, 598 No. 22, 97, S.Ct. 869 (1977).

²⁹ 429 U.S. 605, 97 S.Ct. 879.

³⁰ *Oliver v. United States*, 466 U.S. 170, 178, 104 S.Ct. 1735, 1741 (1987).

³¹ *Mancusi v. De Forte*, 392 U.S. 364, 88 S.Ct. 2120 (1968).

³² 480 U.S. 407, 107 S.Ct. 1492, 1 IER 1617 (1987).

prywatności, która sprzeciwia się przeszukiwaniu przez władze publiczne biur, szafek oraz pomieszczeń biurowych, w których pracownicy mogą przechowywać rzeczy osobiste. Jako prawny podstaw ochrony pracowniczego prawa do prywatności Sąd Najwyższy wymienił czwartą poprawkę do Konstytucji USA gwarantując osobiste bezpieczeństwo obywatelom Stanów Zjednoczonych przed nieuzasadnionym przeszukiwaniem osób, pomieszczeń, dokumentów w miejscu zamieszkania i miejscu pracy. Powołując się na wymienione wyżej orzeczenia, Sąd Najwyższy USA uzasadnił w sprawie *O'Connor v. Ortega*, że prawo do ochrony prywatności w miejscu pracy jest „oparte na oczekiwaniach społeczeństwa amerykańskiego, głęboko zakorzenionych w historii czwartej poprawki do Konstytucji USA”³³. Powyższa ochrona nie ma charakteru absolutnego. W niektórych, uzasadnionych przypadkach naruszenie prywatności pracownika przez władze publiczne może być uzasadnione w konkretnych sprawach, zatem decydujące znaczenie ma ocena charakteru i rodzaju zagrożenia, na które może być narażony interes publiczny. Powinno więc służyć przeprowadzenie starannej analizy interesów i dóbr zagrożonych, które mogłyby być ochronione po naruszeniu przez władze publiczne indywidualnego prawa do ochrony prywatności. Orzeczenie Sądu Najwyższego USA w sprawie *O'Connor v. Ortega* zainicjowało obowiązuje nadal tendencję dokonywania oceny w konkretnych przypadkach dóbr chronionych obowiązuje przepisami, z których w pierwszej kolejności interes publiczny, a w drugiej prywatny pracodawcy uzasadniają naruszenie innego podstawowego dobra, jakim jest ochrona prywatności pracowników, początkowo zatrudnionych w służbie publicznej (władzach stanowych i federalnych), a następnie również przez prywatnych przedsiębiorców. W sprawie *O'Connor v. Ortega* przeszukanie pomieszczenia biurowego zajmowanego przez pracownika uzależnione było od wykazania przez pracodawcę, że pracownik jest zasadnie podejrzany o naruszenie obowiązków pracowniczych, co może być wykazane dokumentami, jakie znajdują się w jego posiadaniu. Podobne stanowisko zajęł Sąd Najwyższy USA w sprawach dotyczących używania przez pracowników środków dopingujących – narkotyków³⁴. Wymienione orzeczenie mają istotne znaczenie dla zakresu powinno ci pracodawcy wykazania naruszenia przez pracownika obowiązków zawodowych. Ustanowiony w sprawie *O'Connor v. Ortega* test zasadności podstaw naruszenia konstytucyjnie chronionego uprawnienia pracownika do prywatności został poważnie złagodzony w przypadku wiadczenia pracy w zakładzie pracy odpowiedzialnym za bezpieczeństwo pasażerów

³³ I.M. Shepard, R.L. Duston, K.S. Russel, *Workplace Privacy...*, *op. cit.*, s. 14.

³⁴ *National Treasury Employees Union v. Von Rab*, 109 S.Ct. 1384, 4 IER Cases 246 (1989); *Skinner v. Railway Labor Executives Association*, 109 S.Ct. 1402 (1989).

w ruchu kolejowym. Samo podejrzenie, że pracownik, od którego decyzji zależy bezpieczeństwo ludzi, może znajdować się pod wpływem środków odurzających, które mogą zakłócić ocenę ewentualnego ryzyka, zostało uznane za uzasadnioną przyczynę naruszenia zakazu ingerencji w sferę prywatnych spraw osoby zatrudnionej na stanowisku wymagającym od pracownika pełnej orientacji i szybkiej reakcji w sytuacji zagrożenia dla życia i zdrowia ludzkiego.

Judykatura amerykańska kierowała się podobnymi względami przy doborze kandydatów do pracy oraz w procesach weryfikacji ich lojalności względem podmiotów zatrudniających – jednostek organizacyjnych władz publicznych i prywatnych przedsiębiorców. Tendencja do równoważenia interesów podmiotów zatrudniających funkcjonariuszy publicznych oraz pracowników zatrudnionych przez pracodawców prywatnych jest najwyraźniej widoczna w dyskusji nad projektem ustawy o ochronie pracowników przed badaniami wariograficznymi (poligraficznymi)³⁵ (*Employee Polygraph Protection Act* - EPPA, ustawa wprowadzona w życie 27 listopada 1988 r.)³⁶, dyskusji prowadzonej przez prawników specjalizujących się w urzędzeniach testujących prawdziwość wypowiedzi i zachowań osób zatrudnionych („wykrywacz kłamstw” - *lie detectors*)³⁷ oraz judykaturze³⁸ i orzecznictwie centralnej instytucji rozstrzygającej spory w stosunkach pracy (National Labor Relations Board - NLRB)³⁹, oceniającej kolizyjne sytuacje występujące w przypadkach różnic zapatrywa-

³⁵ HRep 416, *Employee Polygraph Protection Act of 1985*, 99th Cong., 1st Sess. 7 (1985); HRep 100-208, *Employee Polygraph Protection Act*, 100 Cong., 1st Sess. 3 (July 9th, 1987); *Polygraph Testing in the Private Workforce, Hearings Before the Subcommittee on Employment Opportunities in the House Committee on Education and Labor*, 100th Cong., 1st Sess. 67 (1987).

³⁶ Daily Labor Report (BNA) No. 204, E-1.

³⁷ L.R. Putnam, *Poligraph Screening of Police Applicants. Necessity or Abuse?*, „Polygraph” 1978, Vol. 7, No. 4, s. 257 i nast.; E.D. Nagle, *The Polygraph in the Work Place*, „University of Richmond Law Review” Fall 1983, Vol. 18, Iss. 1, s. 43 i nast.; L. Taylor, *Scientific Interrogation*, Charlottesville (VA) 1984, s. 201 i nast.; N.S. Hurd, *Use the Polygraph in Screening Job Applicants*, „American Business Law Journal” 1985, Vol. 23, Iss. 1, s. 529 i nast.; J.W. Waks, C.R. Brewster, D.E. Prager, *Investigating Workplace Wrongdoing Under Employee Polygraph Protection Act*, „New York Law Journal” 1988, Vol. 200, No. 94-95, s. 1 i nast.

³⁸ *Cipov v. International Harvester Co.*, 134 Ill. App 3d 522, 481 N.E.2d 22 (1985); *Zaccardi v. Zale Corporation*, 856 F.2d 1473, 3 IER Cases 1249 (10th Cir.1988); *O'Brien v. Papa Gino's of America, Inc.*, 780 F.2d 1167 (1st Cir. 1986).

³⁹ *Medicenter, Mid-South Hospital*, 221 NLRB 670, 90 LRRM 1976; *Glover Bottled Gas Corporation v. Local Union*, 282, 711 F.2d 479, 113 LRRM 3211 (2d Cir.1983); *Cordle v. General Hugh Mercer Corporation*, 325 S.E.2s 111 (W.Va 1984); *Amboz v. Cornhusker Square Ltd.*, 226 Neb. 899, 416 N.W.2d 510, 2 IER Cases 1185 (1987).

między stronami stosunków pracy, niejednakowo interpretujących deklarację o konieczności ochrony praw człowieka, w szczególności o stopie i poziomie ochrony pracowniczego prawa do prywatności a takimi interesami gospodarczymi przedsiębiorców jak uzyskanie i utrzymanie możliwie najwyższych zysków z prowadzonej działalności i zatrudnienie najbardziej wydajnych pracowników. W ówczesnym okresie w Stanach Zjednoczonych dominowało przekonanie, że zadaniem prawa pracy jest wyłącznie regulacja konfliktowych stosunków społecznych między pracodawcami a pracownikami, z których ci pierwsi byli zainteresowani osiągnięciem maksymalnego zysku przy ponoszeniu możliwie najniższych kosztów zatrudnienia, natomiast ci drudzy interesowali się wyłącznie, aby pracować jak najmniej, osiągać jak najwyższe zarobki. Urządzenie poligraficzne miało zagwarantować pracodawcom „wyłowienie” spośród kandydatów ubiegających się o zatrudnienie tych osób, których zainteresowania poziomem ochrony trwałyby stosunku pracy oraz dbało o ochronę godności i równe traktowanie bez względu na płeć oraz rasę i pochodzenie etniczne dominowały nad preferencjami przedsiębiorców. Wariograf (poligraf) jako urządzenie mechaniczne do wykrywania kłamstw (*lie detector*) jest oparte na zasadzie, według której osoby poddane badaniom różnie reagują, wówczas gdy udzielają nieprawdziwych odpowiedzi na stawiane im pytania. Urządzenie to służy do pomiaru tętna, ciśnienia, oporu elektrycznego skóry badanego człowieka (odruchu skórno-galwanicznego) oraz jego odruchów, jak również obrazuje pracę serca, ujawnia szczególne reakcje na niektóre zadawane pytania: wstrzymanie oddechu, oddech płytki lub głęboki, znamionujący jako uczucie ulgi⁴⁰. Innym urządzeniem mechanicznym jest wariograf (poligraf) jest maszyna służąca do rejestracji stresu psychologicznego, jakiemu poddana jest badana osoba (*psychological stress evaluator* - PSE). Pod wpływem napięcia modulacja głosu ludzkiego ulega zmianom. Zarówno wariograf (poligraf), jak i PSE rejestrują poziom stresu człowieka poddanego badaniom. Wbrew rozpowszechnionym popularnym przekonaniom nefachowców badania te nie pozwalają badać temu ustalić, czy osoba badana udziela prawdziwych czy fałszywych odpowiedzi na pytanie postawione jej przez osobę prowadzącą badanie⁴¹. Zdaniem specjalistów obydwie wyżej wymienione urządzenia mechaniczne są mało skuteczne w procesie dokonywania oceny „ogólnej uczciwości” (*general honesty*) osób ubiegających się o zatrud-

⁴⁰ Zob. J. Wójcikiewicz, *Badanie poligraficzne (wariograficzne) pracownika i funkcjonariusza*, [w:] *Doctrina multiplex veritas una. Księga jubileuszowa poświęcona Prof. Mariuszowi Kulickiemu*, red. A. Bulsiewicz, A. Marek, V. Kwiatkowska-Darul, Toruń 2004, s. 31 i nast.

⁴¹ L. Taylor, *Scientific Interrogation*, *op. cit.*, s. 324 i nast.

nienie i pracowników⁴². W 1986 r. Amerykańskie Stowarzyszenie Psychologiczne (American Psychological Association - APA) wydało negatywną opinię na temat sensowności i celowości prowadzenia badań wariograficznych (poligraficznych) w stosunkach pracy⁴³. Ekspertzy akcentowali przede wszystkim przeciwność korzystaniu z tej techniki w procesie naboru kandydatów do pracy. Są to: 1) wzrost fałszywych rezultatów zwiększających się w miarę poszerzania liczby osób objętych tymi samymi badaniami; 2) zwiększenie szansy na uzyskanie innej wykraczającej poza kategorię „prawdziwa” lub „fałszywa” odpowiedzi na postawione pytania w miarę rozszerzania się kategorii badanych, których nie ma na uwadze sprawców zdarzenia, w związku z którym są prowadzone testy; 3) ogólnikowość pytań w rodzaju „czy kiedykolwiek dopuścił się pan/i kradzieży?” stawianych kandydatom ubiegającym się o zatrudnienie powoduje wywołanie stresu u osoby uczciwej⁴⁴. Jednakże Amerykańska Izba Handlu (The U.S. Chamber of Commerce) uważa wariograf (poligraf) za najtańszy i najszybszy sposób eliminowania osób zaliczanych do grupy wysokiego ryzyka w kategorii ubiegających się o pracę lub zatrudnionych. Na dowód prawdziwości powyższego stwierdzenia podaje wykorzystanie tego urządzenia przez instytucje federalne zajmujące się bezpieczeństwem wewnętrznym i zewnętrznym Stanów Zjednoczonych (CIA, Departament Obrony)⁴⁵. Amerykański wymiar sprawiedliwości od połowy lat 20. ubiegłego stulecia korzysta z wariografu (poligrafu) jako sprawdzonej techniki badania prawdomówność stron i uczestników postępowania⁴⁶. Sąd przysięgły w Stanach Zjednoczonych korzysta z tej metody sprawdzania wiarygodności, ponieważ jest ona nie tylko szybka i tania, ale równie popularna w społeczeństwie amerykańskim⁴⁷. Zawodowi sędziowie amerykańscy, federalni i stanowi, wykazują w szczególności rezerwy wobec efektów badań uzyskanych tą techniką kryminalistyczną. Ewentualnie dopuszczają ją w sprawach, w których strony oficjalnie zajęły

⁴² *Scientific Validity of Polygraph Testing. A Research Review and Evaluation - A Technical Memorandum*, 99-100 Washington, D.C., U.S. Congress, Office of Technology Assessment, OTA-TM-H-15 (November 1983); I.M. Shepard, R.L. Duston, K.S. Russel, *Workplace Privacy*, op. cit., s. 92-93, 119-120; V. Kwiatkowska-Darul, J. Wójcikiewicz, *Wartość diagnostyczna badania wariograficznego w stosunkach pracy*, [w:] *Kontrola pracownika. Możliwości*, op. cit., s. 295 i nast.; E. Gruza, *Czy badania wariograficzne są skuteczną kontrolą prawdomówność pracownika?*, [w:] *Kontrola pracownika. Możliwości*, op. cit., s. 303 i nast.

⁴³ *Polygraph Testing in the Private Workforce*, op. cit.

⁴⁴ I.M. Shepard, R.L. Duston, K.S. Russel, *Workplace Privacy*, op. cit., s. 93.

⁴⁵ *Polygraph Testing in the Private Workforce*, op. cit.

⁴⁶ *Frye v. United States*, 293 U.S. 1013 (1935).

⁴⁷ *United States v. Earley*, 657 F.2d 195 (8th Cir.1981).

stanowisko w trakcie składania o wiadcze i zezna prowadzonych przez prawników reprezentujących strony sporu. Wariograf (poligraf) jest więc traktowany przez amerykański państwowy wymiar sprawiedliwości jako technika wzmacniająca lub osłabiająca wartość protokołowanych o wiadcze stron (*written stipulations*)⁴⁸. Charakterystyczne, że w sprawach z zakresu prawa pracy sędzi amerykańskie dopuszczają tę technikę dochodzenia do prawdy wówczas, kiedy przedmiotem sporu jest ustalenie, czy powodem negatywnej decyzji podjętej przez pracodawcę wobec pracownika (wymierzenie kary regulaminowej, zwolnienie z pracy) jest naruszenie określonych obowiązków. Pytania stawiane stronom sporu są konkretne, nie wymagają od badanych rezygnacji z konstytucyjnie zagwarantowanego uprawnienia do „nie samooskarżania się” (*self-incrimination*)⁴⁹. Odmienne przedstawia się w Stanach Zjednoczonych sytuacja funkcjonariuszy publicznych. Mogą być przez pracodawców „przymuszeni” do poddania się badaniu wariograficznemu (poligraficznemu) pod groźbą utraty pracy⁵⁰. Należy podkreślić, że uprawnienie pracodawców publicznych do dania od pracowników zatrudnionych w urzędach publicznych podlega ograniczeniu w konstytucjach i/lub stanowych różniących prawa pracy⁵¹. W tych stanach, gdzie poddanie się testowi wariograficznemu (poligraficznemu) jest traktowane przez władze państwowe - pracodawcę jako pracowniczy obowiązek funkcjonariusza publicznego, zainteresowani pracownicy mogą korzystać z gwarantowanej przez Konstytucję USA proceduralnej ochrony uczciwego procesu (*due process of law*) przysługującej każdemu obywatelowi. Przedmiotem ochrony prawnej jest ochrona prywatności postrzeganej jako *property interest*, czyli coś szczególnego (*peculiar*), własnego (*proper*) lub wartościowego (*valuable*) dla konkretnej osoby⁵² - pracownika. Taki status ma praca oraz związana z nią pozycja pracownika zatrudnionego w służbie

⁴⁸ *Polygraphs and Employment*, The Bureau of National Affairs (BNA), Washington 1985, s. 43 i nast.

⁴⁹ I.M. Shepard, R.L. Duston, K.S. Russel, *Workplace Privacy*, *op. cit.*, s. 95.

⁵⁰ Orzeczenia w sprawach: *Gulden v. McCorkle*, 680 F. 2d 1070 (5th Cir. 1982); *Brown v. State of Tennessee*, 693 F. 2d 600, 30 FEP Cases 459 (6th Cir. 1982). I.M. Shepard, R.L. Duston, K.S. Russel, *Workplace Privacy*, *op. cit.*, s. 95, 120.

⁵¹ Zob. *Long Beach City Employees Association v. City of Long Beach*, 41 Cal. 3d 927, 719 P.2d 660, 1 IER Cases 465 (1986); *Texas State Employees Union v. Texas Department of Mental Health and Mental Retardation*, Tex., 746 S.W.2d 203, 2 IER Cases 1077 (1987); *Anderson v. Philadelphia*, 845 F. 2d 1216, 3 IER 353 (3d Cir. 1988).

⁵² J.N. Nolan, M.J. Connolly, *Black's Law Dictionary. Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, St. Paul 1983, s. 635.

publicznej. *Property interest* pełni w systemie prawa amerykańskiego funkcję porównywalną do tej, jaką w europejskim, kontynentalnym systemie prawa pracy pełni prawo podmiotowe. Powołanie się na tę instytucję nie gwarantuje jednak funkcjonariuszowi publicznemu ochrony przed badaniem na wariografie (poligrafie). W orzeczeniu wydanym w sprawie *Richardson v. City of Pasadena* sędzią apelacyjnym w Teksasie stwierdził, iż pracownik, akceptując ofertę zatrudnienia w charakterze policjanta, podporządkował (*subordinated*) przysługującą mu jako obywatelowi i człowiekowi prawo do ochrony prywatności „wyższemu” (*superior*) uprawnieniu publicznemu, jakim jest efektywne i budzące zaufanie wykonywanie obowiązków służbowych⁵³.

Przepisy EPPA z 1988 r. starały się pogodzić przeciwstawne zapatrywania zwolenników i przeciwników stosowania wariografu (poligrafu) i innych podobnych urządzeń w stosunkach pracy w sektorze prywatnym. EPPA nie ma bowiem zastosowania do zatrudniania w sferze publicznej⁵⁴ oraz prywatnych pracowników ochrony. Koniecznym warunkiem korzystania z wariografu (poligrafu) jest klauzula uzasadnionego podejrzenia uczestnictwa pracownika w czynie lub zachowaniu objętym postępowaniem wszczętym przez instytucję publiczną lub pracodawcę⁵⁵. EPPA wyraźnie zabrania prywatnym przedsiębiorcom bezpodstawnego lub po poddaniu prowadzenia badania za pomocą wariografu (poligrafu) oraz zachęcania, nakłaniania, przymuszania pracowników do poddania się takim badaniom. Zakazuje dyskryminowania lub stosowania kar wobec osób, kandydatów do pracy i pracowników, którzy nie wyrazili zgody na poddanie się „testowi prawdopodobności”. EPPA formułuje kilkanaście warunków proceduralnych, jakie winny być dotrzymane w prawidłowo przeprowadzonym badaniu wariografem (poligrafem)⁵⁶. Nakłada na przedsiębiorcę obowiązek zaznajomienia pracownika z wynikami przeprowadzonego testu. Niedotrzymanie powyższych wymagań jest traktowane przez prawodawcę jako poważne uchybienie proceduralne, uniemożliwiające pracodawcy zastosowanie kary wobec pracownika uznanego za niewiarygodnego przez specjalistę przeprowadzającego badanie. Naruszenie obowiązujących przepisów o przeprowadzaniu testów jest zagrożone odszkodowaniem, limitowanym przepisami EPPA, niewyłączającymi prawa do dochodzenia odszkodowania na podstawie

⁵³ 500 SW2d 175 (Tex.Ct.App. 1973), rev'd 513 S.W.2d 1 (Tex 1974); 523 S.W. 506 (Tex.Ct.App. 1975).

⁵⁴ I.M. Shepard, R.L. Duston, K.S. Russel, *Workplace Privacy...*, *op. cit.*, s. 102.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 109 i nast.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 112 i nast.

przepisów prawa zwyczajowego (*common law*)⁵⁷ oraz specyficznymi dla prawa pracy sankcjami materialnoprawnymi, takimi jak: przywrócenie do pracy, obowiązek nawiązania stosunku pracy albo zatrudnienia na stanowisku, o które ubiegał się pracownik uznany przez wariograf (poligraf) za niespełniający oczekiwań stawianych przez pracodawcę.

*

W Polsce badania wariograficzne (poligraficzne) prowadzone przez przedsiębiorców w stosunkach pracy nie są ograniczone, ponieważ nie zostały prawnie uregulowane⁵⁸. Prawnicy zajmujący się prawem pracy, komentując powyższy stan rzeczy, zwracają uwagę na możliwość naruszenia prawa pracownika do ochrony prywatności oraz innych dóbr osobistych⁵⁹. Podkreślają jednak pozytywny charakter tych badań, wyrażając się w ich prewencyjnym oddziaływaniu⁶⁰. Zwracają uwagę, że powyższe badania pozwalają stosunkowo szybko i sprawnie rozstrzygać sprawy związane z odpowiedzialnością materialną pracownika za szkody wyrządzone w mieniu powierzonym jego pieczy. Koncentrują się na pozytywnych aspektach tych badań, do których zaliczają szansę szybkiego uwolnienia od podejrzeń pracowników którzy nie dopuścili się naruszenia mienia powierzonego im przez pracodawcę⁶¹. Zwracają uwagę na prewencyjny charakter tych badań w środowisku zatrudnionych. Akcentują ich znaczenie z punktu widzenia ochrony miejsc pracy⁶². Rychłe ustalenie sprawcy wyrządzającego szkody pracodawcy chroni niewinnych pracowników od pomyłek pracodawcy polegających na dyscyplinarnym zwalnianiu z pracy pracowników bezpodstawnie

⁵⁷ *Moniodis v. Cook*, 64 Md. App.1, 494 A.2d 212 (1984), cert.denied 304 Md. 631 (1985).

⁵⁸ J. Wiłkowski, A. Cempura, *Legal Admissibility of Employee Examination in Poland*, „European Polygraph” 2011, Vol. 5, No. 3-4, s. 143 i nast. Pracownicy i pracodawcy obawiają się następstw i konsekwencji prowadzenia takich badań. M. Kasprzak, *Badania wariograficzne w opinii pracodawców i pracowników*, [w:] *Kontrola pracownika. Możliwość i...*, op. cit., s. 403 i nast.

⁵⁹ D. Dörre-Nowak, *Współczesne przykłady naruszenia obowiązku pracodawcy poszanowania godności i innych dóbr osobistych pracownika - art. 11¹ k.p.*, [w:] *Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej*, red. A. Wiłkowski, Kraków 2001-2002, s. 228 i nast.; E. Wichrowska-Janikowska, *Badania wariograficzne a stosunki pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2001, nr 11, s. 15 i nast.

⁶⁰ J. Pietruszewski, *O dopuszczalności i silnie prewencyjnym oddziaływaniu badań poligraficznych w stosunkach pracy*, „Monitor Prawa Pracy” 2006, nr 4, s. 179 i nast.

⁶¹ J. Pietruszka, R. Rogalski, *Nie odbiera prawa do obrony - artykuł dyskusyjny o poligrafii*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2004, nr 11, s. 19.

⁶² R. Jaworski, *Badanie poligraficzne (wariograficzne) w ochronie miejsc pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2007, nr 1, s. 11 i nast.

wliczonych przez pracodawcę w krąg osób podejrzanych o dokonanie czynów prawnie zabronionych, uzasadniających w tym celu pracodawcy dokonywanie zwolnie niesłusznie podejrzanych pracowników. Zdaniem zwolenników tych badań w stosunkach pracy szerokie korzystanie z wariografu (poligrafu) ogranicza stosowanie innych taktyk i technik kryminalistycznych w stosunkach pracy, również tych, które uważane są bardziej inwazyjne i kosztowne (kamery w każdym pomieszczeniu zakładu pracy, instalacja systemu GPS w samochodach służbowych oddanych do dyspozycji pracowników, przeznaczonych do wykorzystania w celach służbowych)⁶³. Przeciwnicy powszechnego korzystania z wariografu (poligrafu) w stosunkach pracy argumentują, że tego typu badania, wcześniej stosowane przez policję wobec osób podejrzanych o popełnienie czynów zabronionych przepisami prawa karnego, prowadzone na innej grupie badawczej, pracowników w stosunkach pracy, mogą w stosunkach pracy naruszać godność osobistą, wywołują stres u znacznej części osób objętych powyższymi badaniami⁶⁴, ogranicza szeroko pojmowaną wolność osobistą wszystkich pracowników, zarówno objętych badaniami prowadzonymi przez pracodawcę, jak i pozostałych⁶⁵. Brak jakichkolwiek przeszkód i ograniczeń uprawnia pracodawców do stosowania takich badań oraz innych taktyk i technik kryminalistycznych w stosunkach pracy może wywoływać stan zagrożenia, uczucie niepewności i obawy u wszystkich osób zatrudnionych w zakładzie pracy. Tego typu badania wymierzone w pracowników, co do których pracodawca może mieć niesprecyzowane podejrzenia i zarzuty, z zasady podważają szacunek do osób nimi objętych⁶⁶ i ingerują niezgodnie z prawem w sferę ich prywatności⁶⁷. Bardzo skromne polskie orzecznictwo słabo podziela powyższe zastrzeżenia. Najbardziej charakterystyczna dla powyższego krytycznego stosunku do korzystania z technik kryminalistycznych w stosunkach pracy, zwłaszcza do badań wariograficznych (poligraficznych), jest teza wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13 lutego 2003 r.⁶⁸, w której stwierdzono, że

⁶³ J. Pietruszka, R. Rogalski, *Nie odbiera prawa do obrony*, op. cit.

⁶⁴ E. Wichrowska-Janikowska, *Badania wariograficzne*, op. cit., s. 38.

⁶⁵ J.S. Piłkowski, *Ewolucja ochrony dóbr osobistych*, [w:] *Tendencje rozwoju prawa cywilnego*, red. E. Łętowska, Wrocław 1993, s. 29 i nast.

⁶⁶ H. Szewczyk, *Prawo pracownika do godności (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 11, s. 50 i nast.

⁶⁷ A. Drozd, *O dopuszczalności wykorzystania wariografu w stosunkach pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2003, nr 4, s. 10 i nast.

⁶⁸ Wyrok NSA z dnia 13 lutego 2003 r., II SA 1620/01, „Monitor Prawniczy” 2003, nr 8, s. 339.

„skutki badań poligraficznych, mimo i dobrowolnych, naruszają prawa i wolności osobiste badanych. [...] wyrażenie zgody na badania przy pomocy wykrywacza kłamstw, prowadzone przez pracodawcę, stawia pod znakiem zapytania swobodę tej zgody”⁶⁹. Zgodzić się należy z konkluzją Wujczyka, który pisze, że w odróżnieniu od spraw karnych, w których stosowanie techniki kryminalistycznej polegającej na badaniu reakcji fizjologicznych objawów pobudzenia emocjonalnego badanych osób⁷⁰, ma ugruntowaną praktykę⁷¹, w stosunkach pracy wykorzystywanie wariografu (poligrafu) nie jest powszechnie akceptowane. Rodowisku prawników specjalizujących się w prawie pracy znane są zastrzeżenia przedstawiane przez znawców kryminalistyki wobec wykorzystywania wariografu (poligrafu) w innych, niemających charakteru kryminalnego sprawach⁷². Obiekcje w stosunku do tej techniki kryminalistycznej wyraził także Jan Widacki, cytując raport opracowany w 2011 r. przez The Committee on Validated Techniques⁷³, z którego wynika, że wiarygodność tej techniki kryminalistycznej jest niska, wahająca się między 83% a 95%⁷⁴.

Wariograficzne (poligraficzne) badania prawdopodobnie ci pracownicy są w Polsce dopuszczone przepisami obowiązującymi ustawami o organizacjach paramilitarnych: Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu⁷⁵, Straży Granicznej⁷⁶ oraz instytucji cywilnych, dbających o interesy fiskalne państwa - kontroli skarbowej⁷⁷. Ograniczony zakres stosowania kryminalistycznej techniki wariografu (poligrafu) w stosunkach pracy niektórych kategorii funkcjonariuszy publicznych nie jest równoznaczny z zakazem korzystania z tej techniki wobec pozostałych kategorii pracowników, w szczególności zatrudnio-

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ M. Kulicki, *Kryminalistyka - wybrane zagadnienia teorii i praktyki ledcząs dowej*, Toru 1994, s. 460 i nast.

⁷¹ M. Wujczyk, *Prawo pracownika*, op. cit., s. 296 i nast.

⁷² L. Stępkowski, *Ekspertyza wariograficzna (poligraficzna)*, [w:] *Ekspertyza sądowa. Zagadnienia wybrane*, red. D. Wilk, J. Wójcik, Warszawa 2017, s. 727 i nast.

⁷³ M. Gougler et al., *Report of the ad hoc Committee on Validated Techniques „Polygraph”* 2011, Vol. 40, No. 4, s. 194-305. Zob. J. Widacki, *Polygraph Examination in Criminal Cases. Current Polish Practice. A Critical Study*, „European Polygraph” 2012, Vol. 6, No. 4 (22), s. 249 i nast.

⁷⁴ *Ibidem*, s. 255.

⁷⁵ Ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz.U. z 2002 r. Nr 74, poz. 676 ze zm.).

⁷⁶ Art. 31 ust. 5 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz.U. z 1990 r. Nr 78, poz. 462 ze zm.).

⁷⁷ Art. 42 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (Dz.U. z 1991 r. Nr 100, poz. 442 ze zm.).

nych na podstawie umów o pracę, a więc wiadczyć pracę w prawnych ramach zobowiązań stosunków pracy. W literaturze prawa pracy wyrażono słusze co do zasady przekonanie, że brak wyrażonego zakazu prowadzenia badań wariograficznych nie jest równoznaczny z zakazem korzystania z tej techniki kryminalistycznej w stosunkach pracy przez państwowych i prywatnych przedsiębiorców⁷⁸. W rzeczywistości bowiem obowiązuje populistyczna zasada, według której dozwolone jest wszystko, co nie zostało zabronione. U podstaw jej stosowania leży determinacja przedsiębiorców wynikająca z bezczynności i nieporadności organów ścigania w sprawach regulowanych przepisami prawa pracy⁷⁹. W doktrynie prawa pracy i kryminalistyki zarysowała się istotna różnica w sprawie dotyczącej wykorzystania wariografu (poligrafu) przez przedsiębiorców w stosunkach pracy. Wujczyk zdaje się skłaniać, mimo zgłoszonych zastrzeżeń⁸⁰, do pomysłu korzystania przez przedsiębiorców z badań wariograficznych (poligraficznych) po spełnieniu następujących sześciu warunków gwarantujących poszanowanie prywatności badanych pracowników, takich jak: 1) zachowanie intymności i tajemnicy badań; 2) dobrowolność udziału pracownika w badaniach; 3) pełny profesjonalizm osoby przeprowadzającej badania; 4) zapewnienie badanemu wszelkiej możliwej informacji na temat badań, w szczególności o zaznajomieniu go z pytaniami, jakie zostaną postawione; 5) poinformowanie badanego pracownika o przysługujących mu uprawnieniach w trakcie badań oraz uzyskanie jego aprobaty na przetwarzanie danych uzyskanych podczas badań; 6) umożliwienie pracownikowi oswojenia się z ideą badań oraz umożliwienie mu przygotowania się do badań. Ostatni warunek uważa się za zrealizowany, jeżeli pracodawca powiadomi pracownika ze znacznym wyprzedzeniem o miejscu i terminie badań wariograficznych (poligraficznych). Najważniejsze zastrzeżenie Wujczyk sformułował w ostatnim zdaniu cytowanej monografii na temat legalności badań wariograficznych (poligraficznych) jako techniki kryminalistycznej wykorzystywanej w stosunkach pracy. Uzależnił ocenę prawną przeprowadzonych badań - „zgodne z prawem” lub „bezprawne” - od tego, czy interes przedsiębiorcy oraz cel, dla osiągnięcia którego badanie wariograficzne (poligraficzne) zostało przeprowadzone, bierze górę nad uprawnieniem pracownika do poszanowania przysługującego mu dobra osobistego przez nieingerowanie w jego sferę pry-

⁷⁸ M. Wujczyk, *Prawo pracownika...*, op. cit., s. 298.

⁷⁹ R. Jaworski, *Bezczynność i nieporadność organów ścigania jako przyczyna korzystania przez pracodawców z badań poligraficznych*, [w:] *Kontrola pracownika. Możliwości...*, op. cit., s. 313 i nast.

⁸⁰ M. Wujczyk, *Prawo pracownika...*, op. cit., s. 299 i nast.

watno ci⁸¹. W sumie więc Wujczyk nie zajął zdecydowanego stanowiska w przedmiocie kontynuowania w sposób zgodny z przepisami prawa badań wariograficznych (poligraficznych) w stosunkach pracy. W tej kwestii okazał się mniej zdecydowany od prawniczki zajmującej się zawodowo problematyką kryminalistyki. Ewa Gruza, profesor w Katedrze Kryminalistyki Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, jednoznacznie stwierdziła, że „dla dobra nie tylko pracodawców i pracowników, ale także szeroko pojętego wymiaru sprawiedliwości, wykorzystanie badań wariograficznych wobec pracowników lub kandydatów na pracowników powinno być wyraźnie ustawowo zakazane”⁸². Podzielać jej stanowisko. We wcześniejszym opracowaniu traktującym o ochronie prywatności pracownika w stosunkach pracy w przypadku korzystania przez pracownika z zakładowych urządzeń elektronicznej komunikacji pisałem, że „ze względu na brak regulacji prawnej [...] zaleca się, aby partnerzy społeczni uregulowali zakres ochrony pracowniczego prawa do prywatności i kompetencji pracodawcy do kontrolowania, czy pracownik nie nadużywa powyższego uprawnienia”⁸³. Nadzór pracodawcy nad korzystaniem przez pracownika w miejscu i w czasie pracy z urządzeń elektronicznych dostarczonych przez pracodawcę stanowi znacznie mniej poważną ingerencję w sferę prywatności aniżeli badania wariograficzne (poligraficzne). Z tej przyczyny tego typu badania powinny być prawnie zabronione przez ustawodawcę, a nie pozostawione do uregulowania swobodzie partnerów społecznych, zbiorowo ci pracowników reprezentowanej przez związki zawodowe i pracodawców lub organizacji reprezentujących ich interesy⁸⁴. Przedstawiony postulat odbiega od apeli i propozycji kierowanych przeze mnie pod adresem prawa karnego i jego przedstawicieli obchodzących jubileusze. W księgach jubileuszowych przygotowywanych dla uczczenia długoletniej

⁸¹ *Ibidem*, s. 301.

⁸² E. Gruza, *Czy badania wariograficzne*, *op. cit.*, s. 311.

⁸³ A.M. Witkowski, *Ochrona prywatności w stosunkach pracy a prawo pracodawcy kontrolowania sposobów korzystania przez pracowników z zakładowych urządzeń elektronicznej komunikacji*, [w:] *Z zagadnień prawa pracy i prawa socjalnego. Księga jubileuszowa Profesora Herberta Szurgacza*, red. Z. Kubot, T. Kuczyński, Warszawa 2011, s. 280.

⁸⁴ W USA „nie ma silnego systemu ochrony prywatności pracownika w zakresie poczty elektronicznej”. Obowiązuje tam zasada, że właściwie samodzielnie określa i kontroluje zasady korzystania z należących do niego urządzeń elektronicznych. Zob. Ch. Szymański, T.A.J. Bany, *Zagadnienia prywatności pracowników w sferze poczty elektronicznej i blogów na gruncie prawa amerykańskiego*, [w:] *Kontrola pracownika. Możliwość*, *op. cit.*, s. 111 i nast.

pracy naukowej w Uniwersytecie Jagiellońskim profesorów Kazimierza Buchały⁸⁵, Andrzeja Zolla⁸⁶ i Marii Szewczyk⁸⁷ promowałem ideę nie-wykorzystywania w aktach prawnych z dziedziny prawa pracy sankcji karnych za naruszenie przepisów o ochronie praw pracowników. Obecnie, ze względu na ochronę pracowniczego prawa do prywatności, byłbym w stanie zaakceptować w pierwszym okresie wprowadzenia zakazu wykorzystywania wariografu (poligrafu) do badania pracowników kar grzywny lub ograniczenia wolności dla przedsięwzięcia naruszającego powyższy zakaz.

⁸⁵ A. Wiłkowski, *Sankcje karne w prawie pracy*, [w:] *Księga ku Czci Profesora Kazimierza Buchały*, red. S. Walto, Kraków 1994, s. 239 i nast.

⁸⁶ *Idem*, *Zastosowanie przepisów prawa karnego w prawie pracy*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. 1, Warszawa 2012, s. 925 i nast.

⁸⁷ *Idem*, *O karze ograniczenia wolności z punktu widzenia prawa pracy*, [w:] *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Karołeczna. Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk*, red. W. Górski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2013, s. 347 i nast.

Marcin Tarabula

Dopuszczalno bada poligraficznych w polskim post powaniu karnym w wietle pogl dów doktryny i judykatury - historia i stan współczesny

Celem niniejszego artykułu jest syntetyczne przedstawienie liczy sobie ponad 50 lat dyskusji dotycz cego mo liwo ci zastosowania dowodu uzyskanego za pomoc badania poligraficznego w polskim procesie karnym, w której to dyskusji nie miały udziału miały Szanowny Jubilat.

Pocz tki poligrafu w polskich sprawach karnych

Pocz tki procesowego wykorzystania bada poligraficznych w Polsce si gaj pierwszej połowy lat 60. XX wieku i wi si z osob Pawła Horoszowskiego - ówczesnego kierownika Zakładu Kryminalistyki na Uniwersytecie Warszawskim. Pocz tkowo był on zagorzałym przeciwnikiem poligrafu, zarzucaj c mu bezwartościowo wyników i przyczynianie si do pogł bienia atmosfery zastraszenia w trakcie przesłuchania¹. Opinia ta uległa jednak zmianie po bli szym kontakcie z amerykańskimi doświadczeniami w zakresie bada poligraficznych. Z półrocznego pobytu w Stanach Zjednoczonych w ramach stypendium Fundacji Forda Horo-

¹ P. Horoszowski, *Kryminalistyka*, Warszawa 1958, s. 125-128.

szowski przywiózł do Polski poligraf marki Stoelting², a tak e przekonanie o uyteczności badania poligraficznego w post powaniu karnym dla celów eliminacyjnych na etapie post powania przygotowawczego³. Horoszowskiemu polska nauka zawdzi cza równie swoiste, ale jednocze nie kłopotliwe z punktu widzenia spójności zagadnienia i wzbudzaj ce nie miałe kontrowersje, okre lenie poligrafu - wariografem⁴.

Pierwsze badanie poligraficzne w ramach polskiego procesu karnego zostało wykonane 27 czerwca 1963 roku⁵ w tzw. sprawie olszty skiej (o zabójstwo), kolejne 28 kwietnia 1964 roku⁶ w ramach tzw. sprawy lubelskiej (dotyczej przest pstwa gospodarczego). W obu przypadkach badanie przeprowadził sam Horoszowski, powołany przez s d w charakterze biegłego. I chocia z perspektywy czasu ocena jako ci tych bada jest niezwykle krytyczna - Horoszowskiemu zarzucono brak niezb dnego poligraferowi przygotowania, nieumiej tn konstrukcj zastosowanych testów, wykonanie (w sprawie lubelskiej) badania poligraficznego na zbyt pó nym etapie post powania czy wreszcie całkowicie nieetyczne zadawanie badanemu pyta krytycznych „z zaskoczenia”⁷ - nie ulega jednak w tpiwo ci, e badania te miały na gruncie polskim charakter pionierski. Ich przeprowadzenie pozwoliło tak e po raz pierwszy na zaj cie przez s dy polskie stanowiska w przedmiocie akceptowalności dowodu pozyskanego za pomoc poligrafu.

Spraw lubelsk zako czył wyrok S du Wojewódzkiego w Lublinie z dnia 12 czerwca 1964 roku⁸. W orzeczeniu - uniewinniaj cym jednego z oskar onych, drugiego skazuj cym na kar 8 miesi cy pozbawienia wolności - opini biegłego powstał w wyniku przeprowadzonego badania poligraficznego s d odrzucił z nast puj cych powodów:

1. Tego rodzaju badania nie były dot d w Polsce stosowane i traktowa je mo na w obecnej chwili jako pewnego rodzaju eksperymenty, których wartość nie została jeszcze stwierdzona;

2. Ze wzgl du na stosowanie w toku eksperymentu nieznanym procesowi karnemu metod post powania (wybitna kameralność, odosobnienie, jedynie osoba badana i przeprowadzaj cy eksperyment);

² *Badania poligraficzne w Polsce*, red. J. Widacki, Kraków 2014, s. 35.

³ P. Horoszowski, *Eksperymentalno-testowa metoda wariograficzna w ledczej i s dowej ekspertyzie psychologicznej*, „Przegl d Psychologiczny” 1965, nr 9, s. 55-75.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Badania poligraficzne...*, *op. cit.*, s. 36.

⁶ *Ibidem*, s. 41.

⁷ Por. A. Krzy cian, *Eksperci z własnej nominacji*, „Gazeta Prawnicza” 1977, nr 4, s. 7; J. Widacki, *Wprowadzenie do problematyki bada poligraficznych*, Warszawa 1981.

⁸ Wyrok SW w Lublinie z dnia 12 czerwca 1964 r., IV K 27/64.

3. Trudno ci w sprawdzeniu, czy wyjaśnienia obu oskarżonych dotyczą sposobu przeprowadzenia eksperymentu z wariografem i okoliczności towarzyszących temu badaniu są prawdziwe czy nie, ze względu na jego kameralność i niemożność uczestniczenia podczas jego przeprowadzenia sądu orzekającego;

4. Sformułowane wnioski dotyczą reakcji psychicznych poszczególnych oskarżonych na stworzone sztucznie zjawiska, opierają się na wskazanym materiale dowodowym o charakterze wybitnie teoretycznym niedającym podstawy do wysuwania tak daleko idących wniosków praktycznych⁹.

Konkludując ten fragment uzasadnienia, sąd stwierdził, że „w ten sposób skonstruowany i zaoferowany są dowody materiałowe przez biegłego prof. dra Horoszowskiego nie mógł posłużyć za podstawę do przyjęcia, czy oskarżeni kłami, czy też mówią prawdę, nawet przy istnieniu poszlak na ich niekorzyść”¹⁰.

Odmienne w kwestii oceny dowodu z ekspertyzy poligraficznej wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 listopada 1964 roku¹¹. Utrzymał, że zaskarżony wyrok Sądu Wojewódzkiego w Olsztynie (skazujący oskarżonego na karę 13 lat pozbawienia wolności), odnosząc się do zarzutu obrony o brak uzupełnienia ekspertyzy poligraficznej, Sąd Najwyższy stwierdził, że „eliminując nawet z liczby dowodów wyniki badania wariograficznego przeprowadzonego przez biegłego prof. Horoszowskiego, stwierdzić należy, że Sąd Wojewódzki miał dostateczne podstawy do przypisania oskarżonemu winy”¹². Ta nieco wymijająca wypowiedź nie dostarcza bezpośredniej aprobaty dla wykorzystania poligrafu w postępowaniu karnym, niemniej jednak zauważyć należy również, że Sąd Najwyższy powstrzymał się od krytyki samego przeprowadzenia badania poligraficznego i powołania się na jego wynik w zaskarżonym wyroku. Można uznać zatem, że – abstrahując od realnej potrzeby wykorzystania poligrafu w tej konkretnej sprawie – Sąd Najwyższy uznał ekspertyzę poligraficzną za akceptowalne źródło dowodowe.

Nie ulega w wątpliwość, że pierwsze zetknięcie polskiego postępowania karnego z badaniami poligraficznymi nie należało do najszybszych. Z jednej strony badania na potrzeby procesów olsztyńskiego i lubelskiego przeprowadzone zostały w sposób mało profesjonalny, z drugiej natomiast orzecznictwo powstałe na kanwie tych badań wstrzymało się od ich merytorycznej oceny, uciekając się do ostrogożnego zignorowania tematu lub apriorycznego odrzucenia powstałej w wyniku badania poligraficznego opinii na podstawie argumentacji wiadczonej o całkowitej

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Wyrok SN z dnia 11 listopada 1964 r., III K 177/64.

¹² *Ibidem*.

tym niezrozumieniu zagadnienia. Niemniej jednak badania przeprowadzone w latach 1963-1964 przez Horoszowskiego, wraz z odnoszącymi się do nich orzecznictwem, legły u podstawy szerokiej dyskusji wśród przedstawicieli doktryny, a dotyczącej przede wszystkim procesowej dopuszczalności dowodu z ekspertyzy poligraficznej w postępowaniu karnym. W latach 60. w wypowiedziach przedstawicieli doktryny (w dużej mierze sceptycznych wobec badań poligraficznych) pojawiło się wiele poważnych zarzutów mających uzasadnić brak możliwości i sensu wdrożenia dowodu z badania poligraficznego w ramy postępowania karnego¹³. Poligrafowi zarzucono m.in. brak naukowych i prawnych podstaw zastosowania, nieuprawnione wkraczanie w kompetencje sądu w zakresie ustalenia winy badanego czy sprzeczność z zasadą *nemo se ipsum accusare tenetur* (braku obowiązku dostarczania dowodów na swoją niekorzyść). Tego typu argumenty doprowadziły do czasowego wstrzymania wykonywania badań poligraficznych na potrzeby postępowania karnego, co z perspektywy czasu oceniane jest pozytywnie nawet przez zwolenników wykorzystania poligrafu, głównie ze względu na wątpliwość jako pierwszych badań poligraficznych przeprowadzonych w sprawach karnych i oczywiste nieprzygotowanie organów procesowych do wiadomego wykorzystania ich wyników¹⁴.

Stanowisko orzecznictwa i doktryny wobec badań poligraficznych w latach 1970-1997

W latach 70. badania poligraficzne wykonywane były przede wszystkim na potrzeby prokuratur wojskowych, sporadycznie tylko w sprawach o przestępstwa powszechne¹⁵. Z punktu widzenia orzecznictwa ważny dla oceny dopuszczalności badań poligraficznych wyrok zapadł 25 września 1976 roku¹⁶. W wyroku tym Sąd Najwyższy stwierdził, że „powołanie się w rewizji na wyniki badań wariograficznych o tyle nie ma istotnego znaczenia, że tego rodzaju badania mają charakter pomocniczy i nie mogą stanowić samodzielnego dowodu dającego podstaw do konkretnych ustaleń. Takie badania mają przede wszystkim na celu wykazanie

¹³ Por. A. Rojczycki, *Uwagi o przydatności wariografu*, „Problemy Kryminalistyki” 1965, nr 54; M. Szerer, *Wykrywacz kłamstwa w postępowaniu karnym*, „Problemy Kryminalistyki” 1965, nr 55; J. Radzicki, *Znaczenie wariografu w procesie karnym*, „Problemy Kryminalistyki” 1965, nr 56-57.

¹⁴ *Badania poligraficzne...*, op. cit., s. 46.

¹⁵ *Ibidem*, s. 50.

¹⁶ Wyrok SN z dnia 25 września 1976 r., II KR 171/76, LEX nr 21726.

związku emocjonalnego osoby z danym zdarzeniem”¹⁷. Wyrok ten komentowany był dwójako. Z jednej strony wskazywano go jako wiadectwo ostatecznego dopuszczenia badań poligraficznych w postępowaniu karnym¹⁸, z drugiej jednak wytykano Sądowi Najwyższemu stworzenie nowego podziału na dowody główne i pomocnicze, nieznanego odzwierciedlenia w ustawodawstwie¹⁹. Kolejnym głosem w przedmiocie dopuszczalności przeprowadzania badania poligraficznego na potrzeby spraw karnych był wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 grudnia 1977 roku²⁰, zawierający następującą tezę:

Sąd Wojewódzki na wniosek stron może dowód z badań wariograficznych przeprowadzić, jednakże badania takie muszą odbywać się z udziałem lekarzy, którzy mogliby wydać opinię co do stanu zdrowia psychicznego i cech osobowości oskarżonych oraz co do stanu zdrowia fizycznego badanych i wpływu badania na ich zachowanie się w czasie badania²¹.

Teza Sądu Najwyższego podtrzymała podobnie w wyroku z dnia 8 lipca 1980 roku²². W przypadku obu wspomnianych wyżej wyroków wypowiedź o obowiązku obecności lekarzy w trakcie badania poligraficznego, z gruntu błędna i stojąca w sprzeczności z podstawowymi założeniami tych badań (w trakcie badania zabroniona jest obecność w pomieszczeniu osób trzecich), została skrytykowana²³.

W środowisku naukowym lata 70. przyniosły wzrost zainteresowania badaniami poligraficznymi. Efektem tego zainteresowania były publikacje obalające przedstawioną wcześniej argumentację przeciwników badań poligraficznych²⁴ oraz dwie pierwsze konferencje naukowe w Polsce dotyczące problematyki wykorzystania poligrafu w postępowaniu karnym. Pierwsza z nich – *Badania wariograficzne na potrzeby prawa*

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ S. Walto, J. Widacki, *The Legal Status of the Polygraph in Poland*, „Polygraph” 1981, Vol. 10, No. 1, s. 10.

¹⁹ S. Walto, *Badania poligraficzne w Polsce w świetle przepisów prawa, poglądów Sądu Najwyższego i nauki. Materiały konferencji. Wykorzystanie badań poligraficznych w sprawach kryminalnych*, Katowice 1978, s. 9.

²⁰ Wyrok SN z dnia 14 grudnia 1977 r., I KR 136/77.

²¹ *Ibidem*.

²² Wyrok SN z dnia 8 lipca 1980 r., III KR 211/80, OSNPG 1981, z. 1, poz. 15.

²³ S. Walto, J. Widacki, *Glosa do wyroku SN z dnia 14 grudnia 1977 r. (I KR 136/77)*, „Nowe Prawo” 1979, nr 7-8, s. 227-233; J. Gurgul, *Glosa do wyroku SN z 8 lipca 1980 r., III KR 211/80*, „Problemy Praworządności” 1981, nr 3, s. 80-85.

²⁴ Por. A. Krzyżacin, *Ekspertyzy*, *op. cit.*; S. Walto, *Badania poligraficzne w Polsce*, *op. cit.*; J. Widacki, *Wprowadzenie do problematyki*, *op. cit.*

odbyła si w 1976 roku w Toruniu, druga *Wykorzystanie bada poligraficznych w sprawach kryminalnych* w 1978 roku w Katowicach.

O ile konferencja katowicka stanowiła wa ny głos w tocz cej si ju dyskusji o dopuszczalno ci dowodu z badania poligraficznego jako takiego (Stanisław Walto obalił w jej trakcie wszystkie argumenty przeciwników poligrafu²⁵), o tyle konferencja w Toruniu stanowiła zarzewie zupełnie nowego frontu tej dyskusji, a mianowicie sporu o wy szo technik badawczych. Przedstawiciele doktryny, dot d sceptyczni wobec klasycznych bada poligraficznych wykonywanych technik pyta kontrolnych w formacie zaproponowanym przez Johna E. Reida²⁶ czy pó niej Celve'a Backstera²⁷, upatrywali odpowiedzi na wi kszo stawianych tej technice zarzutów w nowej technice zaproponowanej przez Mariusza Kulickiego. W rzeczywisto ci jednak Kulicki, w szeroko pó niej cytowanym artykule opublikowanym na łamach czasopisma „Gazeta Prawnicza”²⁸, wyło ył podstawowe zało enia techniki poligraficznej polegaj cej na ustalaniu wiedzy badanego o realiach przest pstwa, jednak bez powoływania si na zachodnie, znacznie starsze pi miennictwo dotycz ce techniki GKT (*Guilty Knowledge Technique*) stworzonej przez Davida T. Lykkena²⁹. St d te rozpowszechnił si pogl d, e to wła nie Kulicki jest samoistnym twórc techniki wiedzy o czynie i nazywanie jej technik Kulickiego (*notabene* pogl d ten rezonuje równie współcześnie³⁰). Abstrahuj c jednak od oczywistych problemów w nomenklaturze, zwolennicy techniki zaproponowanej przez Kulickiego akcentowali jej solidne podstawy metodologiczne, nieingerowanie w kompetencje s du przez brak bezpo rednich pyta o sprawstwo zarzucanego czynu, wysok standaryzacj i warto diagnostyczn techniki, a tak e bardzo

²⁵ S. Walto , *Badania poligraficzne w Polsce...*, *op. cit.*

²⁶ J.E. Reid, *A Revised Questioning Technique in Lie Detection Tests*, „Journal of Criminal Law and Criminology” 1947, Vol. 37, s. 542-547.

²⁷ C. Backster, *Standardized Polygraph Notepack and Technique Guide. Backster Zone Comparison Technique*, New York 1963.

²⁸ M. Kulicki, *Niepokoje polemika*, „Gazeta Prawnicza” 1976, nr 24, s. 6.

²⁹ Por. D.T. Lykken, *The GSR in the Detection of Guilt*, „Journal of Applied Psychology” 1959, Vol. 43, No. 6, s. 385-388; *idem*, *The Validity of the Guilty Knowledge Technique. The Effects of Faking*, „Journal of Applied Psychology” 1960, Vol. 44, No. 4, s. 258-262; *idem*, *Psychology and the Lie-Detector Industry*, „American Psychologist” 1974, Vol. 29, No. 10, s. 725-739.

³⁰ Por. B. Młodziejowski *et al.*, *Kryminalistyka*, Warszawa 2006, s. 276; E. Gruza, M. Goc, J. Moszczy ski, *Kryminalistyka - czyli rzecz o metodach ledczych*, Warszawa 2008, s. 164.

niski odsetek wyników fałszywie pozytywnych³¹. Wszystko to miało stanowić podstawę twierdzenia, jakoby technika wiedzy o czynie była jedyną akceptowalną w polskim postępowaniu karnym techniką detekcji nieszczeroty³². Rzecz jasna wyżej wymienione argumenty odpierane były przez zwolenników badań poligraficznych wykonywanych w technice pytań kontrolnych, wskazywali oni bowiem na porównywalną³³ wartość diagnostyczną techniki wiedzy o czynie i techniki pytań kontrolnych, problem wysokiego ryzyka wyniku fałszywie negatywnego lub kwalifikującego wiadka zdarzenia jako sprawcy. Przede wszystkim jednak akcentowana była generalna trudność w zastosowaniu techniki wiedzy o czynie w realnych sprawach karnych³⁴. Mimo tych argumentów lobby skupione wokół Kulickiego było na tyle silne, że w sędziach cigania utarło się pogląd, że technika wiedzy o czynie jest jedyną akceptowalną w polskim procesie karnym metodą wykorzystania poligrafu. Przekonanie to stało się jedną z przyczyn istotnego zmniejszenia liczby wykonywanych procesowo badań poligraficznych³⁵, a spór pomiędzy zwolennikami techniki wiedzy o czynie i techniki pytań kontrolnych rezonuje, w mniej lub bardziej subtelny sposób, również współcześnie³⁶.

Warto w tym miejscu zaznaczyć, że powyższy spór miał charakter czysto doktrynalny. W orzecznictwie sądów polskich nigdy nie zajęto jednoznacznego stanowiska w sprawie wyśrodkowanej z technik badawczych, rozstrzygając raczej kwestię dopuszczalności dowodu z badania poligraficznego jako takiego. W latach 80. Sąd Najwyższy wydał dwa istotne z tego punktu widzenia orzeczenia. Wyrok z dnia 8 lipca 1980

³¹ Por. M. Kulicki, *Niepokojuca polemika*, op. cit.; idem, *Kryminalistyka. Wybrane problemy teorii i praktyki* (długość), Toruń 1994; J. Wójcikiewicz, M. Kulicki, *Ekspertyza wariograficzna*, [w:] *Ekspertyza sądowa. Zagadnienia wybrane*, red. J. Wójcikiewicz, wyd. 2, Warszawa 2007; J. Wójcikiewicz, *CIT czy CQT?*, „Problemy Kryminalistyki” 2012, nr 275, s. 15-18.

³² Nie można na techniki wiedzy o czynie uznać za technikę badań poligraficznych *sensu stricto*, ponieważ badanie wykonane tą techniką skupia się na rejestracji i analizie danych pochodzących tylko z jednego urządzenia - psychogalwanometru.

³³ Z biegiem czasu wprowadzenie do powszechnego użytku nowych wariantów techniki pytań kontrolnych sprawiło, że obecnie udokumentowana wartość diagnostyczna tej techniki jest znacznie wyższa niż techniki D.T. Lykken, którą w Polsce lansował M. Kulicki i jego zwolennicy.

³⁴ Por. J. Widacki, *Wprowadzenie do problematyki*, op. cit.; idem, *Analiza przesłanek diagnozowania w badaniach poligraficznych*, Katowice 1982.

³⁵ *Badania poligraficzne*, op. cit., s. 75-76.

³⁶ Por. J. Widacki, *W sprawie wyboru techniki badania poligraficznego. Czy technika oparta na testach GKT (CIT) jest lepsza od techniki opartej na testach CQT?*, „Problemy Kryminalistyki” 2011, nr 273, s. 5-10; J. Wójcikiewicz, *CIT czy CQT?*, op. cit.

roku, poza wspomnianym już podtrzymaniem kontrowersyjnej tezy o koniecznym uczestnictwie lekarzy w badaniu poligraficznym, poruszył także zagadnienie podstawy prawnej przeprowadzania badania poligraficznego w ramach postępowania karnego, upatrując ją w art. 176 § 1 k.p.k. - w obowiązującym wówczas kodeksie postępowania karnego z roku 1969 r.³⁷ Był to przepis traktujący o powołaniu biegłych - a co za tym idzie Sąd Najwyższy zaakcentował, że badanie poligraficzne nie może być wykonywane w toku przesłuchania³⁸. W kolejnym orzeczeniu, wydanym w 11 lutego 1982 roku³⁹, Sąd Najwyższy stwierdził, że „badanie prawdopodobnie ci za pomocą wariografu nie należy do tych czynności, których przeprowadzenie jeszcze przed wydaniem postanowienia o wszczęciu postępowania jest - w myśl art. 267 k.p.k. - dopuszczalne w niezbędnym zakresie i w granicach koniecznych do zabezpieczenia ładów i dowodów przestępstwa przed ich utratą lub zniekształceniem”. Poza dwoma wspomnianymi wyrokami lata 80. i pierwsza połowa lat 90. charakteryzowała się systematycznym utratą naukowego i procesowego zainteresowania badaniami poligraficznymi. Nic więc dziwnego, że nowy kodeks postępowania karnego z 1997 roku⁴⁰ odnosił się do tych badań tylko raz i to w kontekście zakazu dowodowego.

Badania poligraficzne w polskim postępowaniu karnym w obliczu wprowadzenia kodeksu postępowania karnego z 1997 r. i jego nowelizacji

Wprowadzony w nowym kodeksie postępowania karnego przepis art. 171 § 4 pkt 2, stanowi, że „[niedopuszczalne jest] stosowanie hipnozy albo środków chemicznych lub technicznych wpływających na procesy psychiczne przesłuchiwanej osoby albo mających na celu kontrolowanie nieświadomych reakcji jej organizmu w związku z przesłuchaniem”, o czym na nowo dyskusję na temat dopuszczalności dowodu z badania poligraficznego w postępowaniu karnym. I choć znaczna część przedstawicieli doktryny upatrywała w treści art. 171 § 2 pkt 4 k.p.k. całkowitego zakazu stosowania poligrafu na potrzeby procesu karnego⁴¹,

³⁷ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. - Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1969 r. Nr 13, poz. 96 ze zm.)

³⁸ J. Gurgul, *Glosa., op. cit.*

³⁹ Orzeczenie SN z dnia 11 lutego 1982 r., II KR 6/82.

⁴⁰ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555 ze zm.).

⁴¹ Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Kraków 2005, s. 300.

pojawiały się także głosy interpretujące wyżej wymienione treści jako wyłącznie zakaz przeprowadzania badania poligraficznego w trakcie lub bezpośrednim związku z czynnością przesłuchania⁴². W podobnym tonie wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 19 sierpnia 1999 roku⁴³, stwierdzając, że

gramatyczna wykładnia przepisu art. 171 § 4 pkt 2 k.p.k. wskazuje na zakaz dowodowy stosowania takiego badania (ekspertyzy wariograficznej) do celów dowodowych, mającego na celu kontrolowanie wiadomych reakcji, jak to określa ustawa „organizmu przesłuchiwanej osoby w związku z przesłuchaniem”. Badanie nie mające związku z przesłuchaniem, odbywające się poza tym procesem czynności jest prawnie dopuszczalne, a zatem może stanowić źródło dowodowe⁴⁴.

Problemy z interpretacją treści art. 171 k.p.k. w kontekście badań poligraficznych rozwiązała nowelizacja kodeksu postępowania karnego z dnia 10 stycznia 2003⁴⁵ zawierająca w tym zakresie dwa nowe i niezwykle istotne przepisy. Pierwszy z nich - art. 192a - wprowadza zamknięty katalog czynności możliwych do przeprowadzenia w celu zawalenia kręgu podejrzanych i ustalenia wartości dowodowej ujawnionych śladów - a zatem czynności możliwych do przeprowadzenia w fazie *in rem* postępowania karnego. W ramach tego katalogu (§ 2 art. 192a) biegły może zastosować, za zgodą badanego, „rodzki techniczne mające na celu kontrolowanie wiadomych reakcji organizmu tej osoby”. Drugim z wprowadzonych nowel z 10 stycznia 2003 roku przepisów dotyczących badań poligraficznych jest art. 199a. W jego treści ustawodawca ponownie artykułuje bezwzględnie konieczność uzyskania zgody badanego na poddanie się badaniu nie wiadomych reakcji jego organizmu, wyłączając również stosowanie w tym wypadku normy z art. 199 - a zatem o wiadczenie złożone w trakcie badania poligraficznego dotyczyć ce zarzucanego badanemu czynu może stanowić dowód w postępowaniu. Oba te przepisy należy uznać za komplementarne z istniejącymi wcześniej normami zawartymi w art. 171 zakazującymi przeprowadzania kontroli nie wiadomych reakcji organizmu w związku z przesłuchaniem.

Wprowadzenie do kodeksu postępowania karnego art. 192a i 199a paradoksalnie nie zakończyło sporów doktrynalnych dotyczących za-

⁴² S. Walto, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 1998, s. 359.

⁴³ Wyrok SA w Krakowie z dnia 19 sierpnia 1999 r., II AKa 147/99, „Palestra” 2000, nr 2-3, s. 251.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Ustawa z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie kodeksu postępowania karnego (Dz.U. z 2003 r. Nr 17, poz. 155).

kresu mo liwego procesowego zastosowania poligrafu⁴⁶, jednak badanie poligraficzne uzyskało wyra n legitymizacj . Głównym zagadnieniem spornym stała si kwestia wykorzystania ekspertyzy poligraficznej dla celów *stricte* dowodowych, bo o ile art. 192a interpretowany był do spójnie, o tyle cz przedstawiciele doktryny miała spory problem z zaakceptowaniem otwieraj cej si za spraw art. 199a mo liwo ci wykorzystania badania poligraficznego tak e w fazie *in personam* procesu. Podobne trudno ci zdały si doskwiera s dom powszechnym. W wyroku z dnia 25 kwietnia 2007 roku⁴⁷ S d Apelacyjny w Katowicach opowiedział si przeciwko mo liwo ci zastosowania poligrafu w celach innych ni eliminacyjne, w nast puj cych słowach:

Ustawodawca dopuszcza mo liwo postępowania si poligrafem (wariografem) wyłącznie w celu określonym w art. 192a § 1 k.p.k., bowiem przepis art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k. zakazuje posługiwania si tego rodzaju środkami technicznymi w związku z przesłuchaniem, a uzyskane w ten sposób informacje nie mogą stanowić dowodu (art. 171 § 7 k.p.k.)⁴⁸.

W podobnym tonie wypowiedział si S d Apelacyjny w Lublinie w wyroku z dnia 9 września 2014 roku⁴⁹:

Przepis art. 192a § 2 k.p.k. dopuszcza wprowadzić mo liwo powołania biegłego, który podczas badania stosuje wobec określonej osoby wariograf (poligraf), jednak e badania te nie mogą być wykonywane ani w stosunku do oskarżonego, ani te w stosunku do świadków. Przeprowadzenie takich badań jest mo liwe tylko na etapie postępowania przygotowawczego, za zgod (wyra nie wyra on) badanego i tylko dla celów ograniczenia kręgu osób podejrzanych lub dla ustalenia wartości dowodowej ujawnionych śladów⁵⁰.

Pewnym przełomem w kwestii ujednolicenia wykładni wspomnianych wyżej przepisów stało si postanowienie S du Najwyższego z dnia

⁴⁶ Por. T. Grzegorzczak, *Procesowe aspekty badań poligraficznych w świetle znówelizowanych przepisów procedury karnej*, „Palestra” 2003, nr 11-12, s. 146-152; J. Widacki, *Sytuacja prawna badań poligraficznych po ostatniej nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, „Problemy Kryminalistyki” 2004, nr 243, s. 24-26; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, Warszawa 2004, s. 637-638; J. Wójcikiewicz, „Traktowanie” w polskim procesie karnym (art. 192a k.p.k.), [w:] *Czyn no ci procesowo-kryminalistyczne w polskich procedurach*, red. V. Kwiatkowska-Darul, Toruń 2004, s. 63 i 65.

⁴⁷ Postanowienie SA w Katowicach z dnia 25 kwietnia 2007 r., II AKo 67/07, LEX nr 314199.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Wyrok SA w Lublinie z dnia 9 września 2014 roku, II AKa 154/14, <http://orzeczenia.lublin.sa.gov.pl> (portal orzeczeń SA w Lublinie).

⁵⁰ *Ibidem*.

27 stycznia 2015 roku⁵¹, w którym po raz pierwszy dokonano tak gruntownej analizy aktualnych regulacji prawnych dotyczących procesowego zastosowania badań poligraficznych, dochodząc do następujących wniosków:

1. Badanie poligraficzne, stosownie do treści art. 171 § 5 pkt 2, musi być czynności przeprowadzoną całkowicie odrębnie od czynności przesłuchania. Nie może zatem stanowić części przesłuchania ani być wykonane w bezpośredniej relacji z przesłuchaniem. Zakaz powyższego nie wyłącza nawet zgody samego przesłuchiwanego na użycie poligrafu.
2. Art. 192a § 2 k.p.k. reguluje procesowe zastosowanie badania poligraficznego w fazie *in rem* postępowania przygotowawczego, a zatem przed przedstawieniem komukolwiek zarzutów. Badanie to ma na celu zawniesienie kręgu osób podejrzanych o popełnienie danego czynu lub selekcję zebranego w sprawie materiału dowodowego.
3. Art. 199a k.p.k. określa zasady zastosowania badania poligraficznego w fazie *in personam* postępowania (a więc od czasu przedstawienia podejrzanemu zarzutów) i jest ono dopuszczalne także na etapie postępowania sądowego.
4. Wynik badania poligraficznego dowodzi tylko i wyłącznie tego, jakie były reakcje badanego na zadawane przez poligrafera pytania, a zatem nie może być wprost wykorzystany jako dowód winy lub niewinności badanego, nie może również zastępować takich dowodów.

Twierdzenia zawarte w niniejszym postanowieniu spotkały się z entuzjastycznym odbiorem środowiska zwolenników stosowania badań poligraficznych w procesie karnym⁵².

Kolejnym orzeczeniem Sądu Najwyższego prezentującym zbliżone poglądy jest postanowienie z dnia 2 kwietnia 2015 roku⁵³. W jego tezach Sąd Najwyższy, poza potwierdzeniem, że badania poligraficzne dopuszczalne są „w zasadzie na każdym etapie postępowania”, odniósł się także do krytyki zastosowania poligrafu dla celów dowodowych w kontekście zakazu wyrzeczonego w art. 171 k.p.k.:

⁵¹ Postanowienie SN z dnia 29 stycznia 2015 r., I KZP 25/14, OSNKW 2015, nr 5, poz. 38.

⁵² Por. J. Widacki, A. Szuba-Boro, *Badania poligraficzne w procesie karnym w świetle postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 2015 r.*, sygn. I KZP 25/14, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 2, s. 5-16; M. Gołaszewski, *Głosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 2015 r. (I KZP 25/14) - regulującego wykorzystanie badań poligraficznych w polskim procesie karnym*, dostępne na: www.ptbp.org.pl [stan na: 14.09.2017].

⁵³ Postanowienie z dnia 2 kwietnia 2015 r., IV KK 8/15, LEX nr 1666908.

Dowód z badań poligraficznych nie b dzie wiadczył o sprawstwie badanego, a tylko o jego reakcji na zadawane pytania. Dowód ten nie uchyla bowiem określonego w art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k. zakazu stosowania rodków technicznych mających na celu kontrol nie wiadomych reakcji organizmu osoby przesłuchiwanej oraz niemo no ci wykorzystania jako dowodu uzyskanych wbrew temu zakazowi wyja nie , zezna oraz o wiadcze (art. 171 § 7 k.p.k.). O potrzebie dopuszczenia tego dowodu ka dorazowo zatem decyduje s d, uwzgl dniaj c konkretne uwarunkowania rozpoznawanej sprawy⁵⁴.

W podobnym tonie S d Najwy szy wypowiedział si tak e w postanowieniu z dnia 28 pa dziernika 2014 roku⁵⁵, stwierdzaj c, e

z przepisu art. 199a k.p.k., odwołuj cego si do art. 199 k.p.k., w którym jest mowa o oskar onym, wynika, i - w odró nieniu od art. 192a k.p.k. - badania wskazane w art. 199a k.p.k. mog by prowadzone tak e w fazie *in personam* post powania przygotowawczego, zarówno wobec wiadków, jak i wobec podejrzanego, a nawet w post powaniu s dowym w stosunku do oskar onego, zatem nie tylko dla celów wskazanych w art. 192a § 1 k.p.k.⁵⁶

Dalej S d Najwy szy przypomniał obowi zuj ce zakazy dowodowy z art. 171 k.p.k., zaznaczaj c jednocze nie, e aktualnie obowi zuj cy kodeks post powania karnego „dopuszcza jednak stosowanie wariografu przez biegłego, a uzyskane przy jego pomocy dane b d stanowiły dowód nie z przesłuchania, ale jako element opinii biegłego. Nadal nie b dzie on wiadczył o sprawstwie badanego, a tylko o jego reakcji na zadane pytania”⁵⁷.

Przedstawione powy ej postanowienia S du Najwy szego z 2015 roku zdaj si otwiera - po raz pierwszy w historii - spójn lini orzecznicz potwierdzaj c procesow dopuszczalno dowodu z ekspertyzy poligraficznej zarówno w celach eliminacyjnych, jak i dowodowych i jednocze nie ko cz c ponadpi dziesi cioletni dyskusj na temat mo liwo ci wykorzystania poligrafu w post powaniu karnym.

Podsumowanie

Badania poligraficzne, od ich pierwszego zastosowania w polskim post powaniu karnym, stanowiły przedmiot nieustaj cych kontrowersji. Pocz tkowo kontrowersje te wynikały z niewiedzy i niezrozumienia zagadnienia u cz ci uczestników dyskusji. Z czasem spór doktrynal-

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Postanowienie z dnia 28 pa dziernika 2014 r., V KK 113/15.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

ny nabrał w pewnych aspektach niepotrzebnie emocjonalnego zabarwienia - jak to miało miejsce w generalnie szkodliwym dla wizerunku poligrafu w Polsce sporze o wyśzo technik badawczych. Niemniej jednak dyskusja dotycząca akceptowalności badań poligraficznych na gruncie polskiego procesu karnego, niezwykle interesująca z perspektywy historycznej, współcześnie nie jest już zasadniczo bezprzedmiotowa. Dowód z ekspertyzy z użyciem poligrafu został uznany ustawowo, czego odzwierciedleniem jest stopniowe potwierdzanie tego stanu rzeczy w orzecznictwie. Jeżeli więc obecnie badania poligraficzne stosowane są w postępowaniu karnym stosunkowo rzadko, powodów takiej sytuacji należy upatrywać przede wszystkim w niewielkim zaufaniu, jakim metoda ta cieszy się wśród przedstawicieli organów ścigania i sądownictwa, którzy w dalszym ciągu bardzo często sami są poligrafami z „wykrywaczem kłamstwa”. Celowym zatem wydaje się położenie większego nacisku na edukację tych środowisk w zakresie wiadomego korzystania z badań poligraficznych, które, umiejętnie wykorzystane, mogą być dla nich niezwykle użyteczne.

Danuta Waniek

O drodze Polek ku emancypacji

Panu Profesorowi dr. hab. Janowi Widackiemu dedykuj ten esej wraz z gratulacjami za całokształt dorobku zawodowego, naukowego i społecznego. Dość czam yczenia dalszego aktywnego ycia.

1. Słownikowo hasło „emancypacja” pochodzi z łacińskiego *emancipatio*, w tłumaczeniu dosłownym oznacza „wypuszczenie z r k”. Pojęcie to wywodzi się z prawa rzymskiego, odnosiło się do formalnej czynności uwolnienia spod władzy ojcowskiej. Prawnie w stosunkach między osobami zostało skodyfikowane w czasach cesarza Justyniana. W erze nowożytnej odnosiło się już do wyzwolenia całych grup społecznych spod dyskryminacji prawnej (emancypacja grup religijnych, emancypacja niewolników, emancypacja żydów, emancypacja robotników, emancypacja stosunków rodzinnych, emancypacja polityczna, emancypacja naukowa kobiet itd.).

Emancypacja kobiet definiowana jest w literaturze najnowszej jako „dążenie do samodzielności poprzez zerwanie tradycyjnych więzów narzuconych przez patriarchalną strukturę społeczeństwa”¹, lub „dążenie do uwolnienia się od zależności, podwładności, ucisku i przesądów”².

¹ R. Bednarz-Grzybek, *Emancypantka i patriotka*, Lublin 2010, s. 17.

² J. Suchmiel, *Emancypacja naukowa kobiet na uniwersytetach w Krakowie i we Lwowie do roku 1939*, „Prace Naukowe Akademii im. Jana Długosza w Cz. stochowie” seria: „Pedagogika” 2004, z. 13, s. 116.

Te ogólne wyjaśnienia, chociaż w powszechnym użytku, nie wyczerpują wielostronności zjawiska. Jest ono rozwijane w bardzo wielu kierunkowych opracowaniach, poświęconych przełamywaniu barier przez kobiety w zakresie praw politycznych, w dostępie do edukacji, wykonywania zawodu i rynku pracy, ochronie zdrowia, kultury, mediów, obronności itd. Przytoczona definicja wskazuje ogólne kierunki i cel długotrwałych, wszechstronnych inicjatyw emancyipacyjnych kobiet.

Dążenie do zmiany społecznego położenia kobiet nabrało szczególnego znaczenia w erze Oświecenia i było związane z upowszechnianiem przekonania o równości wszystkich ludzi na gruncie prawa. Za najprostszy drogę prowadzącą do przezwyciężenia nierówności między ludźmi wskazano edukację. Idea ta przenikała do osiemnastowiecznej Polski z zachodu Europy i owocowała już w latach 60. XVIII stulecia licznymi artykułami na temat wychowania i edukacji w ówczesnej prasie (tygodnik „Patriota Polski”, „Magazyn Warszawski” „Monitor”). Pisma te popularizowały potrzebę wypracowania w Polsce nowoczesnego systemu powszechnej edukacji, w tym również edukacji kobiet. Idee napływające z Zachodu (Johna Locke'a, Jeana-Jacques'a Rousseau) poruszały w ten sposób opiniotwórców o intencjach reformatorskich, skupionych w szczególności wokół Kuńcewskiego ks. Hugona Kołłątaja, a dyskusje inspirowane „nowinkami” z Zachodu stwarzały podglebie dla programowania modernizacji całokształtu życia naszego kraju.

Edukacyjny nurt planowanych reform zaowocował powstaniem w 1773 r. Komisji Edukacji Narodowej (dalej jako Komisja)³ - pierwszego w Europie ministerstwa oświaty publicznej. Głównym przesłaniem działalności Komisji było upaństwowienie szkolnictwa, ograniczenie wpływów kościelnych na wychowanie młodzieży, krzewienie idei kształcenia w duchu patriotyzmu i racjonalnej obywatelskości.

Program reform edukacyjnych wymuszał na reprezentantach polskiego Oświecenia określenie się wobec kwestii kształcenia dziewcząt. Niestety, w ówczesnych realiach obyczajowych problem ten został potraktowany przez Komisję jako dalszoplanowy i ostatecznie nie zdecydowano się na objęcie dziewcząt szkolnictwem państwowym; nadal były one skazane na pobieranie nauk jedynie w pensjach prywatnych i klasztorach, przy czym elementarna edukacja dziewczynek miała sprowadzać się do pobierania nauki w szkołach, organizowanych przez parafie. Odnotować jednak należy, że pod wpływem ówczesnych dysput na temat zakresu kształcenia dziewcząt ukazał się pierwszy podręcznik

³ Pełna nazwa Komisji, działającej w latach 1773-1794, brzmi nieco inaczej: Komisja nad Edukacją Młodzi Szlacheckiej Dozór Majca.

przeznaczony dla ich elementarnej edukacji. Był nim napisany przez pijara Antoniego Maksymiliana Prokopowicza *Sposób nowy najłatwiejszy pisania i czytania razem dla pańienek z przypisami dla nauczycielek*, wydany w Krakowie w 1790 r.⁴

Komisja nie wyrzekła si jednak e wpływu na funkcjonowanie pensji e skich i w 1775 r. ogłosiła pierwsze przepisy pa stwowe, okre laj ce ogólne zasady ich działania. Zgodnie z nimi pensje e skie mogły by tworzone tylko za zezwoleniem Komisji, a warunkiem uzyskania takiego zezwolenia było nauczanie w j zyku polskim, realizowane na podstawie podr czników zaakceptowanych przez Komisj . Autorem zasad, które ukazały si pod tytułem *Przepisy od Komisji Edukacji Narodowej pensjonarzom i mistrzyniom dane*, był ksi Adam Czartoryski, który problem polepszenia edukacji kobiet podj ł tak e w *Listach Imci pana Do wiadczy - skiego*. Warto w tym miejscu podkre li , e wprowadzie Komisja nie zezwoliła na koedukacj , ale program nauczania dla obu płci ró nił si jedynie tym, e dziewczynki zamiast łaciny uczyły si geografii⁵.

Tak wi c w ramach swej pionierskiej działalności Komisja - jako organ pa stwowy - po raz pierwszy w naszej historii dostrzegła w Polsce znaczenie o wiaty ludu i kształcenia dziewcz t. Na podkre lenie zasługuje intencja, e w trudnych dla kraju czasach potrzeba edukowania dziewcz t ł czona była z powinno ci obywatelskiego wychowania dzieci. Dzi ki pozyskiwanej wiedzy Polki miały by nie tylko onami, matkami czy dobrymi gospodyniami, ale tak e wiadomymi obywatelkami i patriotkami, przekazuj cymi kolejnym pokoleniom narodowe tradycje i warto ci patriotyczne.

Starania Komisji, aby przez nowoczesny system edukacyjny zmienia wiadomo ludzi, stanowiły wyzwanie samo w sobie, poniewa w Polsce dominowało patriarchalne podej cie do tradycyjnego podziału ról m czyzn i kobiet, a w szlacheckich domach czytano niewiele. Piotr witkowski - redaktor i wydawca „Pami tnika Politycznego i Historycznego” w 1783 r. pisał, e na prowincji „trzeba objecha dziesi , dwanaście domów szlacheckich, zanim znajdzie si jaka ksi ka do czytania”,

⁴ Drugim takim podr cznikiem był *Elementarz dla szkół parafi alnych narodowych z roku 1785*, zob. D. ół d -Strzelczyk, A.M. Prokopowicz, *Sposób nowy najłatwiejszy pisania i czytania razem dla pańienek z przypisami dla nauczycielek - pierwszy polski podr cznik edukacji elementarnej dla dziewcz t*, „Kwartalnik Historii Kultury Materialnej” 2014, R. 62, nr 4, s. 553-565.

⁵ Rozmowa z prof. Katarzyn Dormus (*Komisja Edukacji Narodowej - wielkie dzieło, wielkie dziedzictwo*) zamieszczona w 2013 r. w internetowym portalu Uniwersytetu Pedagogicznego w Krakowie, działaj cego pod nazw „Konspekt”, dost pne na: www.konspekt.up.krakow.pl.

a je li ju - to ksi ki zbierano raczej na pokaz ni z ch ci zapoznawania si z ich tre ci ⁶.

2. Po utracie przez Polsk niepodległoci kwestia powszechnego kształcenia kobiet podejmowana była rzadko. Zwłaszcza epoka napoleo ska nie sprzyjała upowszechnianiu post powych haseł emancypacyjnych, a nawet wr cz przeciwnie: uchwalony we Francji w 1804 r. Kodeks Napoleona (*Code civil des Français*) utrzymywał patriarchaln koncepcj rodziny, traktował nawet kobiety dorosłe - m atki jako osoby „wieczy cie małoletnie”, niezdolne do działu prawnych i poddane całkowitej władzy m a⁷. W dobie Ksi stwa Warszawskiego przepisy Kodeksu Napoleona w zakresie stosunków rodzinnych stanowiły regres w stosunku do wcze niejszego prawa polskiego; utrudniały np. rozwi zywanie spraw maj tkowych mi dzy mał onkami, st d budziły sprzeciw szlachty, a nawet duchowie stwa. Po fali krytyki przepisy dotycz ce spraw mał e skich zostały na ziemiach polskich zniesione Dekretem z 1809 r.⁸, jednak e rewolucji na tym polu oczekiwa nie nale ało⁹. W pó niejszym okresie inne kraje europejskie (Prusy, Austria) w zakresie ustawodawstwa cywilnego wzorowały si na przepisach francuskich, st d malały nadzieje na uwolnienie si kobiet spod konserwatywnego prawa rodzinnego (np. w czasie Wiosny Ludów 1848 r.).

Jednak e nowe zjawiska społeczne, które były nast pstwem rozwoju kapitalizmu, w coraz wi kszym zakresie wymuszały now mobilno społeczn . Konsekwencj przemian gospodarczych był stopniowy rozpad dawnych klas i rozwarstwianie si stanów, charakterystycznych dla feudalizmu. W nowych uwarunkowaniach ekonomicznych na nowo te kształtowała si struktura społeczne stwa, jego obyczaje i yciowe

⁶ J. Sobczak, *Przejawy zainteresowania wychowaniem rodzinnym w pracach niektórych polskich pisarzy i pedagogów u schyłku XVIII i pierwszej połowie XIX wieku*, „Zeszyty Naukowe Wy szej Szkoły Pedagogicznej w Bydgoszczy. Studia Pedagogiczne” 1992, z. 18, s. 95-107.

⁷ Na podstawie art. 69 Konstytucji z 1807 r. Kodeks Napoleona stał si prawem cywilnym Ksi stwa Warszawskiego.

⁸ Na podstawie art. 86 Konstytucji Ksi stwa Warszawskiego prawo do wydawania dekretów, czyli aktów o charakterze „dopełniaj cym ustaw zasadnicz ” miał monarcha (w praktyce rol t pełnił król saski - Fryderyk August, nosz cy również tytuł ksi cia warszawskiego).

⁹ Przewag m czynn w mał e stwie, w szczególności w sprawach maj tkowych, sankcjonował tak e Kodeks cywilny Królestwa Polskiego z 1825 r. Wa ne było zwłaszcza to, e ona nie mogła podj pracy lub działalno ci gospodarczej bez zgody m a, a je li taka zgod uzyskala, to dochodami z pracy (podobnie jak jej maj tkiem) zarz dzał również m .

preferencje. Dotyczyło to równie położenia społecznego kobiet, a to w związku z ujawnianiem się ich zawodowych aspiracji i wzrostem ich obecności na rynku pracy.

W przeciwieństwie do sytuacji kobiet z tzw. warstw wyższych praca zarobkowa kobiet ze środowisk plebejskich była uwagana w połowie XIX stulecia za sprawą naturalną, czego oczywistym przykładem był chociażby codzienny trud i rola kobiet na wsi. W miastach ubogie kobiety zatrudniane były najczęściej jako niskopłatne służące lub chałupniczki. Z biegiem czasu oswojone już z realiami życia w mieście kobiety stopniowo wkraczały w sferę handlu, rzemiosła i usług. Maria Nietyksza pisze, że coraz częściej „własne pracownice otwierały krawcowe, szwaczki i modniarki, kobiety prowadziły pralnie, magle, ławnie”¹⁰. Autorka ta dodaje, że drobny handel dawał „rodki utrzymania wielu kobietom, a często i ich rodzinom. Handlowały na targowiskach, samodzielnie prowadziły sklepiki, herbaciarnie i garkuchnie”¹¹.

Pierwszym pisany sygnał zmian, nadchodzącym w myśleniu samych kobiet, była księжка Klementyny z Tańskich Hoffmanowej, która ukazała się w 1819 r. Nosiła tytuł *Pamiętnik po dobrej matce, czyli ostatnie jej rady dla córki przez Młodą Polkę* i chociaż była pełna tradycyjnych rad, to jednak autorka podkreślała konieczność kształcenia kobiet. Ważne było również to, że przez autorstwo tej księжки kobieta zabrała głos dla dobra innych kobiet, przy czym sama Hoffmanowa dawała przykład aktywności, bowiem była pierwszą kobietą w Polsce utrzymującą się z pracy pedagogicznej i twórczej. Stworzyła pierwowzór aktywnej zawodowej kobiet w czasach, w których kobietom wystarczała najczęściej namiastka wiedzy, ograniczając się do „wiedzy do szydełkowania, piewu i gry na fortepianie”¹². Hoffmanowa zmarła na emigracji we Francji, pozostawiając po sobie niezwykły dorobek literacki i pedagogiczny¹³.

Prekursorką na polu walki o polepszenie sytuacji społecznej Polek była bez wątpienia Narcyza Michowska, założycielka nieformalnego stowarzyszenia Entuzjastek, które działało w Warszawie w latach 1830-1850. Członkini tego stowarzyszenia była nie tylko organizacyjna, co poglądowo, przyjacielska i sympatyczna, głosiły one otwarcie konieczność

¹⁰ M. Nietyksza, *Ramy prawne zarobkowania kobiet w Królestwie Polskim w XIX i na początku XX wieku na tle porównawczym*, [w:] *Kobieta i praca*, red. A. Baranowska, A. Szwarz, Warszawa 2000, s. 15, 19, 20.

¹¹ *Ibidem*.

¹² J. Jakiewicz, *Kobiety-matki w wybranych tekstach publicystycznych Elizy Orzeszkowej*, „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Litteraria Polonica” 2010, t. 13, s. 136.

¹³ Pochowana została na cmentarzu Père-Lachaise, za jej serce zostało złożone w Katedrze Wawelskiej.

edukacji kobiet, podejmowanej przede wszystkim w celu osiągnięcia samodzielności ekonomicznej. Swoje postulaty zamieszczały na łamach „Pierwiosnka” (lata 1842-1848), „Pielgrzyma” (lata 1842-1846) oraz „Przegląd Naukowy” (lata 1842-1848). Ich postępowe poglądy popowoli torowały drogę zmianom ku akceptacji usamodzielniania się cyjowego kobiet¹⁴.

3. Ożywienie polityczne, w zaborze rosyjskim charakterystyczne dla początków lat 60. XIX stulecia, zamarło wraz z klęską powstania styczniowego w 1864 r. Wpływ miały tu represje polityczne i gospodarcze władz carskich, dotkliwe przez liczne przypadki konfiskaty mienia w stosunku do uczestników powstania, lub chociażby osób tylko podejrzanych o współpracę z „buntownikami”. Skutkiem carskich represji było pogorszenie się sytuacji warstw ziemskich, przez co wiele kobiet wywodziła się z tych środowisk stało w obliczu konieczności podjęcia pracy zarobkowej. Nie wszystkie były do tego przygotowane, ponieważ nielato było „znaleźć jakiegokolwiek zajęcie komuś, kto niczego nie umiał”¹⁵.

Decyzje o podjęciu pracy zarobkowej bez wątpienia utrudniały zastane uwarunkowania w ówczesnych stosunkach społecznych, kobiety wszak nie miały ograniczonego dostępu do oświaty i życia publicznego, a – jak już wspomniano – na gruncie prywatnym podlegały władzy mężczyzny – najpierw ojca, potem męża, a gdy ich nie stało – braci. Praca kobiet wywodziła się z wyższych warstw społecznych nie była w tych środowiskach akceptowana, wynikało to z utrwalonej patriarchalnej obyczajowości, co znajdowało odbicie w barierach prawnych, ograniczających prawa cywilne kobiet i tym samym utrudniało rozwiązanie istotnych problemów bytowych¹⁶. Taki stosunek do kształcenia i pracy kobiet obowiązywał we wszystkich zaborach.

Na skutek przegranych powstań 1830 r. i 1863 r. sytuacja i rola kobiet pod zaborem uległa znaczącym zmianom. Powstania przyniosły śmierć wielu ich uczestników, wspomnianą już konfiskatę majątków i zesłanie na Sybir tysięcy mężczyzn, a w tej sytuacji ich żony i matki stały wobec trudnych wyzwań życiowych: na przekór ówczesnym ograniczeniom prawnym musiały zapewnić swoim rodzinom, wychować kolejne pokolenie i pielęgnować polskość. Nie wszystkim jed-

¹⁴ P. Chmielowski, *Autorki polskie wieku XIX. Studium literacko-obyczajowe*, Warszawa 1885.

¹⁵ J. Jakiewicz, *Kobiety-matki...*, op. cit., s. 136.

¹⁶ Warto przypomnieć, że do I wojny światowej obowiązywał w zaborze rosyjskim Kodeks cywilny Królestwa Polskiego z 1825 r., który, jak wyżej wspomniano, sankcjonował przewagę mężczyzn w małżeństwie.

nak udało się podobać przeciwno ciom losu, ródła historyczne mowy, a w okresie powojennym w miastach pojawiało się coraz więcej matek pozbawionych rodaków do życia i ich głodnych dzieci, co z kolei „sprzyjało rozwojowi patologii, takich jak alkoholizm, kradzieże czy prostytutka”¹⁷.

Na skutek rozprzestrzeniania się nowych do wiadomości społeczno-gospodarczych, ze strony środowisk postępowych coraz częściej padały postulaty dokonania zmian w prawnej sytuacji kobiet. Wskazywano na nowe tendencje, które w kapitalizmie powoli, acz systematycznie, znosiły dawne bariery obyczajowe. Chodziło w szczególności o dostrzeganie i analizowanie przyczyn i skutków wchodzenia kobiet na rynek pracy¹⁸, przy czym coraz wyraźniej podzielana była wiadomość, że praca zarobkowa stawała się warunkiem przetrwania nawet dla kobiet wywodzących się z dotychczas uprzywilejowanych środowisk społecznych¹⁹. Walka kobiet o prawo do godnego, samodzielnego bytu w zmieniających się stosunkach społeczno-gospodarczych stawała się wyzwaniem czasu. Co ciekawe, w okresie powojennym na fali emancypacyjnej zaczęły się pojawiać na ziemiach polskich pierwsze organizacje gospody wiejskich: w marcu 1866 r. we wsi Piaseczno na Pomorzu powstało Towarzystwo Gospody, usytuowane przy Włościańskim Towarzystwie Rolniczym. W Wielkopolsce podjęło działalność Towarzystwo Włościanek, a w Galicji powstawały sekcje kobiece przy Towarzystwie Kółek Rolniczych. W tym samym czasie Filipina Płaskowicka - socjalistka, nauczycielka ludowa, założyła w 1877 r. we wsi Janisławice pod Skierniewicami pierwsze w zaborze rosyjskim Koło Gospody Wiejskich, które miało krzewić owoce wód kobiet na wsi.

4. Jednak dopiero myślenie społeczno-polityczne polskiego pozytywizmu stanowiła istotny zwrot we wspieraniu postulatów emancypacyjnych w ramach realizowania inteligentkiej koncepcji pracy organicznej, pojmowanej jako metodologia służąca kształtowaniu nowoczesnego polskiego społeczeństwa. W krzewieniu wiatopogodu pozytywistycznego wyróżniali się intelektualiści warszawscy i krakowscy. Czołowymi reprezentantami myślenia pozytywistycznego w Warszawie byli Aleksander Wiłtochowski²⁰, Piotr Chmielowski, Bolesław Prus, Julian Ochoro-

¹⁷ J. Jakubiewicz, *Kobiety-matki*, op. cit., s. 137.

¹⁸ E. Prądzyński, *O prawach kobiety*, Warszawa 1873.

¹⁹ R. Bednarz-Grzybek, *Emancypantka*, op. cit., s. 127.

²⁰ A. Wiłtochowski był autorem artykułów o postępie, ukazujących się na łamach „Przeglądu Tygodniowego” w 1874 r. pt. *O wyszym wykształceniu kobiet*, nr 1-9.

wicz, Adolf Dygasiński i Józef Kotarbiński, a w Krakowie - grono galicyjskich demokratów na czele z Michałem Bałuckim, Alfredem Szczepańskim, Kazimierzem Chładowskim, Tadeuszem Romanowiczem i Mieczysławem Pawlikowskim. Gorzej było z realizacją programu organicznikowskiego na Litwie, ponieważ - jak twierdzi Andrzej Romanowski - nie było tam warunków, „nie ukazywała się tu polska prasa, nie działał polski teatr, polskie wydawnictwa były nieliczne i zwykle wegetowały. Pomijając więc nieliczne wyjątki, nie było gdzie wydawać księzek, publikować tekstów, toczyć polemik, tworzyć programów”²¹. Zdaniem Romanowskiego było to wynikiem długotrwałego oddziaływania na Litwie rosyjskiego „Kulturkampfu”²² jako narzędzia carskiego ucisku wobec żywiołu polskiego. A jednak, mimo bezprawia i polityki przeładowej, i tam przebijająca się pozytywistyczna myśl i organicznikowskie rozumienie patriotyzmu, głównie dzięki twórczości i uporowi Elizy Orzeszkowej.

Samo pojęcie „kwestia kobieca” zostało na ziemiach polskich przejęte z zachodnioeuropejskich dyskursów modernizacyjnych. Pierwszą książką, jaka ukazała się w języku polskim, pt. *Kwestia kobieca w Europie* autorstwa Teodora Stanton, została wydana w Warszawie w 1885 r. przez postpowe wydawnictwo „Przegląd Tygodniowy”. Na gruncie polskim pojęcie to zostało wprowadzone do obiegu przez pisarkę Elżbietę Orzeszkową, która była uważana za racjonalną zwolenniczkę emancypacji kobiet. Do miernicy uchodziła za duchową przywódczyni polskiego trójzaborowego ruchu kobiecego: w 1870 r. opublikowała rozprawę pt. *Kilka słów o kobietach*, a wkrótce ukazała się *Marta* (w 1873 r.), uznawana za manifest polskiego ruchu feministycznego. Głównym osiągnięciem jej przesłania literackiego było łaczenie kwestii kobiecej z kwestią ekonomiczną. Do końca swoich dni walczyła o prawo kobiet do nauki i wykonywania zawodu.

W literaturze przedmiotu znajdziemy poglądy, że dowodem życiowego *credo* Orzeszkowej był jej indywidualny sposób życia, który polegał na „złaczeniu społecznych oczekiwań i wewnętrznej wolności”²³. Dla takiej postawy młoda pisarka nie znajdowała wsparcia nawet w najbliższych: jej matka - Franciszka Widacka - nie godziła się z poglądami córki na aktywność życia kobiety. Nie znajdowała też zrozumienia w oczach pierwszego męża - Piotra Orzeszki²⁴. Chłodne traktowanie

²¹ A. Romanowski, *Pozytywizm na Litwie*, Kraków 2003, s. 15.

²² *Ibidem*, s. 46.

²³ G. Borkowska, M. Czermińska, U. Phillips, *Pisarki polskie od renesansu do współczesności. Przewodnik*. Gdańsk 2000, s. 71-72.

²⁴ A. Romanowski, *Skandalistka nad Niemną*, „Polityka”, 10.06.2010.

jej zainteresowa przez rodzin nie powstrzymało pisark od głoszenia hasel emancypacyjnych. Doceniała rol Entuzjastek, przypominaj c, e ich hasłami były „niepodległo my li i sumienia, niezale no kobiety i jej prawa do nauki i pracy, miło dla ludzi, gardzenie opini publicz-n ”²⁵. Pisarka nieustannie zach cała kobiety do pracy nad sob , była zwolenniczk jak najszybszego wej cia kobiet na uniwersytety, a jej my l i działalno ł czyła polski ówczesny ruch kobiecy, który dzi ki niej pod koniec XIX stulecia przybrał charakter ponad rozbiorowy.

Z nazwiskiem Orzeszkowej zwi zany jest pierwszy konspiracyjny zjazd kobiet, który odbył si w Warszawie w 1891 r. z inicjatywy tajnej Organizacji Kół Kobięcych Korony i Litwy. Oficjalnie po wi cony był uczczeniu 25-lecia pracy literackiej Orzeszkowej, trwał trzy dni, a brało w nim udział ok. 200 kobiet ze wszystkich zaborów. W czasie obrad uczestniczki zjazdu przedstawiły raporty z 20 miast o warunkach pracy i nauki kobiet. Zebrano równie specjalny fundusz imienia Orzeszkowej, przeznaczony na wspieranie prac naukowych kobiet.

5. Nic wi c dziwnego, e pod wpływem idei upowszechnianych przez rodowiska pozytywistów, a w tym przez Orzeszkow , w drodze do samodzielno ci yciowej odwoływano si przede wszystkim do systematycznego kształcenia. Efektem upowszechniania tych d e stało si organizowanie uniwersytetów „zast pczych”, które wychodziły naprzeciw aspiracjom edukacyjnym kobiet. Punktem odniesienia tych d e stały si sukcesy zawodowe i naukowe Polek, kształc cych si na uniwersytetach zagranicznych (w Pary u, Zurychu, Genewie, Brukseli czy Bernie). W istocie rzeczy to one były rzeczywistymi pionierkami w przełamywaniu obyczajowych uprzedze , swym do wiadczeniem pokazywały ich bezsens. O zagranicznych studiach Polek szeroko informowała prasa Królestwa i Galicji, przyczyniaj c si tym samym „do propagowania zupełnie odmiennego wizerunku kobiet, w którym znacz cym elementem stawało si wykształcenie, zapewniaj ce samodzielno i niezale no ”²⁶. Decyzja o studiach zagranicznych wi zała si jednak z ponoszeniem wysokich kosztów utrzymania, na które nie ka d Polk łakn c wiedzy było sta ²⁷.

²⁵ G. Borkowska, *Publicystyka Orzeszkowej jako szkoła my lenia obywatelskiego*, Kraków 2005, s. 48.

²⁶ J. Suchmiel, *Emancypacja naukowa kobiet*, op. cit., s. 118-119.

²⁷ Uniwersytet w Zurychu był w Europie pierwsz uczelni , która w 1864 r. dopuściła kobiety do studiów wy szych. ładem tym poszła Genewa w 1871 r., Berno w 1872 r., a w 1890 r. - Lozanna i Bazylea. W Pary u pozwolono kobietom na słuchanie wykładów od 1852 r. Najpó niej, bo dopiero w 1908 r., zdecydowały si na to Prusy.

Na przełomie lat 1882 i 1883 warszawskie środowisko naukowe uruchomiło Uniwersytet Latający, czyli cykl tajnych zajęć i wykładów dla kobiet. Przez 20 lat funkcjonowania z zajęć tego uniwersytetu skorzystało ok. 5 tys. kobiet, wśród nich Kazimiera Bujwidowa, Zofia Nałkowska, Irena Kosmowska i Maria Skłodowska. Według wielu opinii Uniwersytet Latający przygotował grunt do równoprawnego kształcenia się kobiet i m. czynnika na poziomie uniwersyteckim w uruchamianych później polskich uczelniach wyższych. W 1906 r. uniwersytet wyszedł z podziemia i przeorganizował się w Towarzystwo Kursów Naukowych, a z chwilą odzyskania niepodległości - w Wolną Wszechnicę Polską²⁸.

W Krakowie instytucję w intencjach podobną do warszawskiego Uniwersytetu Latającego były Wyższe Kursy dla Kobiet, założone i finansowane w Krakowie w 1868 r. przez lekarza i społecznika - Adriana Baranieckiego. I tym kursom starano się nadać poziom uniwersytecki, jednak nie absolwentki nie uzyskiwały uprawnień do praktyki zawodowej ani też do pełnienia stanowisk w administracji publicznej. Warto dodać, że po śmierci założyciela tej uczelni przejął jej prowadzenie władze miejskie Krakowa, wówczas wśród wykładowców znalazły się takie znaniacy jak Jan Matejko, Lucjan Rydel czy Stanisław Wyspiański. Z wykładów skorzystało w sumie 4260 kobiet, mimo że nie uzyskiwały na koniec dyplomów ukończenia studiów wyższych. Lwów popisał się podobną inicjatywą dopiero 30 lat później²⁹.

Ukoronowaniem dziejów nastawionych na starą emancypacyjnych było wejście kobiet najpierw na uniwersytety galicyjskie. Mimo studiowania kobiet na uczelniach galicyjskich otworzyły reaktywne rozporządzenia c.k. ministra wyznaczenia i oświaty, ponieważ w 1895 r. na wydziale aptekarskim Uniwersytetu Jagiellońskiego pojawiły się pierwsze trzy hospitantki, pochodzące ze szlacheckich rodzin. Były to: Stanisława Dowgiałło, Janina Kosmowska i Jadwiga Sikorska (wszystkie przyjechały z zaboru rosyjskiego). Od 1897 r. na wydziałach filozoficznych obu uniwersytetów mogły już studiować pierwsze słuchaczki zwyczajne³⁰, a od 1900 r. oba uniwersytety przyjęły pierwsze studentki

²⁸ J. Mackiewicz-Wojciechowska, „*Uniwersytet Latający*”. *Karta z dziejów tajnej pracy oświatowej*, Warszawa 1933; J. Hulewicz, *Walka kobiet polskich o dostęp na uniwersytety*, Warszawa 1936.

²⁹ J. Suchmiel, *Emancypacja naukowa kobiet...*, *op. cit.*, s. 119.

³⁰ Status hospitantki dotyczył tych, które nie miały ukończonej szkoły średniej, dającej prawo do studiów; status słuchaczki nadzwyczajnej odnosił się do absolwentek seminarium nauczycielskiego lub liceum średniego. Pełnoprawnymi studentkami były tzw. słuchaczki zwyczajne, które spełniały trzy warunki: posiadały maturę, obywatelstwo austriackie i miały ukończone 18 lat.

medycyny. Zauważmy, że wydarzenia te miały miejsce ponad sto lat od czasu utworzenia Komisji Edukacji Narodowej. Nadal jednak były dla kobiet zamknięte wydziały prawa, nadal ich nie przyjmowała Akademia Sztuk Pięknych w Krakowie i Politechnika Lwowska.

Należy dodać, że najpóźniej prawo do kształcenia się na poziomie uniwersyteckim uzyskały Polki w zaborze pruskim: 18 sierpnia 1908 r. pruski minister oświaty - Konrad von Studt wydał reskrypt, umożliwiając kobietom dostęp do studiów uniwersyteckich³¹.

Aby postulaty emancypacyjne przełamały opór konserwatystów, odnoszący się do wykonywania wyuczonego zawodu w praktyce, pozostawało jeszcze wiele do zrobienia...

³¹ Zob. P. Kanafocka, *Polki w zaborze pruskim 1793-1918. Dwie przestrzenie edukacyjne, publiczna i prywatna*, Opalenica 2014, s. 229.

Małgorzata W sek-Wiaderek

Ekstradycja a obowiązek poszanowania prawa
do życia prywatnego i rodzinnego.
Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału
Praw Człowieka

Szanowny Jubilat Profesor Jan Widacki był związany z Katolickim Uniwersytetem Lubelskim od 1984 r. a do 2001 r. Początkowo podjął badania naukowe w Katedrze Kryminologii i Kryminalistyki. Od 1997 r. do 30 września 1999 r. kierował Katedrą Kryminalistyki i Nauki o Policji. W czasie swojej pracy na KUL Profesor Jan Widacki przez trzy lata pełnił funkcję kuratora Koła Naukowego Prawników KUL oraz współtworzył jako redaktor naczelny „The Review of Comparative Law”, czasopismo poświęcone historii prawa, filozofii i i prawu kanonicznemu¹. W latach 80. był też kierownikiem Sekcji Prawa na ówczesnym Wydziale Prawa Kanonicznego².

W roku akademickim 1998-1999 Profesor Jan Widacki pełnił również funkcję kuratora Katedry Procedury Karnej i prowadził wykład z tego przedmiotu³. To właśnie w tym czasie, jako początkujący asystent, miałam przy-

¹ Pierwszy numer czasopisma ukazał się w 1988 r.

² J. Dzierżanowska, *Katedra Kryminalistyki*, [w:] *Księga Jubileuszowa z okazji 90-lecia Wydziału Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II*, red. A. Dąbki et al., Lublin 2008, s. 207-208; dopiero od 1989 r. wydział prawa nosił nazwę Wydział Prawa Kanonicznego i historycznego.

³ M. W sek-Wiaderek, *Katedra Procedury Karnej*, [w:] *Księga Jubileuszowa...*, op. cit., s. 246.

jemno współpracowa z Panem Profesorem w nowej Katedrze Procedury Karnej, powołanej do życia w 1997 r. Pami tam Jubilata głównie z bardzo ciekawych seminariów magisterskich i doktoranckich, w czasie których z prawdziw pasj opowiadał o kryminalistyce i nowych, kontrowersyjnych metodach pozyskiwania dowodów w procesie karnym⁴.

Znaj c szerokie zainteresowania naukowe Profesora, tak e w dziedzinie ochrony praw człowieka w procesie karnym, wraz z serdecznymi życzeniami dalszych sukcesów w życiu zawodowym i na niwie naukowej, chciałabym mu ofi arowa ten krótki tekst po wi cony orzecznictwu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w kwestii dopuszczalno ci ekstradycji w sytuacji ryzyka naruszenia prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego osoby obj tej wnioskiem ekstradycyjnym.

Decyzja o wydaniu osoby do innego pa stwa w celu poci gni cia jej do odpowiedzialno ci karnej lub wykonania prawomocnie orzeczonej kary podlega ocenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka⁵ głównie przez pryzmat ochrony prawa do życia (art. 2 EKPCz⁶) oraz zakazu tortur, niehumanitarnego lub poni aj cego traktowania lub karania (art. 3 EKPCz). Pa stwo-strona Konwencji narusza zakaz wyrażony w jej art. 3, je eli decyduje o wydaniu osoby, nara aj c j w ten sposób na traktowanie sprzeczne z tym zakazem. Nie ma przy tym znaczenia, czy pa stwo wnioskuj ce jest stron Konwencji. Takie stanowisko po raz pierwszy zaj to w sprawie *Soering v. Zjednoczone Królestwo*⁷, uznaj c, e wydanie osoby do Stanów Zjednoczonych Ameryki stanowi naruszenie Konwencji, bowiem osoba cigana byłaby realnie nara ona w tym pa stwie na traktowanie zakazane przez art. 3 EKPCz. Od tego czasu rozwinia ta została linia orzecznictwa Trybunału okre lana mianem doktryny (efektu) *Soeringa*⁸, która nie budzi dzisiaj adnych kontrowersji

⁴ Warto w tym miejscu odnotowa , e pasja Pana Profesora zaowocowała przygotowaniem pod jego opiek i obron na KUL rozprawy doktorskiej *Nowe metody identyfikacji kryminalistycznej i ich wykorzystanie w procesie karnym* przez dr Jo-ann Dzier anowski , zatrudnion obecnie w Katedrze Post powania Karnego KUL.

⁵ Dalej jako Trybunał lub ETPCz, do 1998 r. - Europejska Komisja Praw Człowieka.

⁶ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolno ci, sporz dzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.); dalej jako Konwencja lub EKPCz.

⁷ Wyrok Europejskiej Komisji Praw Człowieka z dnia 7 lipca 1989 r. w sprawie *Soering v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 14038/88.

⁸ Por. obszern analiz rozwoju doktryny *Soeringa*: S. Zühlke, J.-Ch. Pastille, *Extradition and the European Convention - Soering Revisited*, „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht” 1999, Vol. 59, s. 749-784.

i jest powszechnie stosowana przez sądy krajowe⁹. Stanowi ona jeden z przykładów tzw. po redniego naruszenia przez państwo zobowiązań wynikających z Konwencji. W doktrynie przyjmuje się, że z po rednim naruszeniem zobowiązań konwencyjnych mamy do czynienia, gdy „Trybunał uznaje odpowiedzialność danego państwa-strony EKPCz, pomimo tego, że bezpo redniego naruszenia warto ci chronionej na mocy EKPCz dopuszcza się inny podmiot”¹⁰.

W najnowszym orzecznictwie Trybunał odnosi doktrynę Soeringa również do ryzyka narażenia osoby cyganej na naruszenie jej prawa do rzetelnego procesu. W rezultacie wydanie osoby w celu osądzenia w obrębie innej jurysdykcji karnej, jeżeli istnieje ryzyko, że osoba ta zostanie pozbawiona podstawowych uprawnień wchodzących w skład prawa do rzetelnego procesu (*fl agrant denial of justice*), stanowi naruszenie art. 6 EKPCz¹¹. W orzecznictwie dotyczącym tzw. wiązania CIA Trybunał stwierdził po rednie naruszenie art. 5 EKPCz na skutek narażenia osób na nielegalne pozbawienie wolności po ich wywiezieniu z terytorium państwa-strony Konwencji¹².

⁹ Por. m.in. postanowienie SN z dnia 29 lipca 1997 r., II KKN 313/97, OSNKW 1997, nr 9-10, poz. 85; postanowienie SN z dnia 20 kwietnia 2011 r., IV KK 422/10, LEX nr 846391; postanowienie SA w Krakowie z dnia 18 kwietnia 2016 r., II AKz 69/16, LEX nr 2025553; postanowienie SA w Krakowie z dnia 29 grudnia 2016 r., II AKz 162/16, LEX nr 2188892.

¹⁰ Tak: M. Kowalski, *Po rednie naruszenie zobowiązań z Europejskiej konwencji praw człowieka - uwagi na tle wyroków w sprawach Al Nashiri przeciwko Polsce i Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce*, [w:] *Odpowiedzialność międzynarodowa w związku z naruszeniami praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego*, red. M. Balcerzak, J. Kapelańska-Pręgowska, Toruń 2016, s. 76.

¹¹ Po raz pierwszy Trybunał stwierdził naruszenie art. 6 EKPCz z tego powodu w sprawie *Othman (Abu Qatada) v. Zjednoczone Królestwo* (wyrok ETPCz z dnia 17 lutego 2012 r., skarga nr 8139/09, §§ 263-287); por. szerzej: M. W sek-Wiaderek, *Model zakazów dowodowych z perspektywy Konwencji i orzecznictwa ETPCz*, [w:] *Nowe spojrzenie na model zakazów dowodowych w procesie karnym*, red. J. Skorupka, A. Drozd, Warszawa 2015, s. 26-27; podobnie: dwa wyroki ETPCz wydane przeciwko Polsce dnia 24 lipca 2014 r. w sprawie *Al Nashiri v. Polska*, skarga nr 28761/11, §§ 562-569 i *Husayn (Abu Zubaydah) v. Polska*, skarga nr 7511/13, §§ 552-261.

¹² Por. wyrok ETPCz z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie *El Masri v. Była Jugosławia i Republiki Macedonii*, skarga nr 39630/09, § 239; cyt. wyrok *Al Nashiri v. Polska*, § 531-532; cyt. wyrok *Husayn (Abu Zubaydah) v. Polska*, §§ 525-526; w sprawie *El Masri* Trybunał orzekł, że Macedonia odpowiada na gruncie art. 5 EKPCz za nielegalne pozbawienie wolności skarżonego po opuszczeniu jej terytorium; zdaniem M. Balcerzaka Trybunał zastosował rozszerzoną wersję doktryny Soeringa; por. M. Balcerzak, *The Responsibility of State-Parties to the ECHR for the Conduct of Foreign Agents - Building on the „Soering doctrine” or a General Regime*

Bogate jest również orzecznictwo Trybunału dotyczące zarzutów naruszenia art. 8 EKPCz, a w szczególności chronionego przez ten przepis prawa do poszanowania życia rodzinnego, w kontekście wydalenia osoby z terytorium państwa-strony Konwencji z powodu popełnienia przestępstwa. Natomiast jedynie w kilku sprawach Trybunał oceniał zasadność zarzutu naruszenia prawa do prywatności lub życia rodzinnego na skutek stwierdzenia dopuszczalności ekstradycji osoby cygańskiej w celu jej osiedlenia w innym państwie lub wykonania wobec niej prawomocnie orzeczonej kary. Trzeba przy tym podkreślić, że w przypadku wszelkich form przekazania osoby nie mamy do czynienia z pożądanym, lecz bezpożądanym naruszeniem zobowiązań konwencyjnych w obszarze prawa do prywatności, bowiem to właśnie decyzja o przekazaniu osoby do innej jurysdykcji skutkuje ograniczeniem lub wręcz unicestwieniem jej życia prywatnego lub kontaktów rodzinnych. „Sprawca” ingerencji w prawo chronione przez Konwencję jest zatem bezpożądanie organ państwa decydujący o wydaniu osoby¹³.

Prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego osoby nie ma charakteru bezwzględniego. Ingerencja w to prawo jest dopuszczalna, o ile jest przewidziana przez ustawę, konieczna w społeczeństwie demokratycznym oraz służy realizacji jednego z celów wskazanych w art. 8 ust. 2 EKPCz. Wśród nich wymieniana jest m.in. bezpieczeństwo publiczne, ochrona porządku i zapobieganie przestępstwom. Wydalenie osoby z kraju, w którym przebywa, zawsze stanowi ingerencję w jej prawo do prywatności, może być ingerencją w poszanowanie relacji rodzinnych osoby. Stwierdzenie naruszenia art. 8 EKPCz w przypadku przekazania osoby do innej jurysdykcji najczęściej ma miejsce z powodu naruszenia zasady proporcjonalności, czyli uznania, że ingerencja nie była konieczna w społeczeństwie demokratycznym dla realizacji określonego celu. W dotychczasowym orzecznictwie Trybunał sformułował następujący katalog okoliczności, które są brane pod uwagę przy ocenie, czy wydalenie osoby z powodu popełnienia przez nią czynu zabronionego spełnia warunek proporcjonalności wymieniony w art. 8 ust. 2 EKPCz:

- 1) charakter i waga przestępstw popełnionych przez skarżącego;
- 2) czas przebywania w kraju, z którego skarżący ma być wydany;
- 3) czas, jaki upłynął od popełnienia przestępstwa i zachowanie skarżącego w tym czasie;

of International State Responsibility? El-Masri v. „The e Former Yugoslav Republic of Macedonia”, app. no. 39630/09, ECtHR Judgment of 13.12.2012, „Polish Review of International and European Law” 2013, Vol. 2, No. 3, s. 96.

¹³ Zwraca na to uwagę: M. Kowalski, *Pożądanie naruszenie*, op. cit., s. 83.

- 4) obywatelstwo osób, które odczują skutki wydalenia;
- 5) sytuacja rodzinna skarżącego, w szczególności czas trwania związku małżeńskiego oraz inne okoliczności związane z rodziną;
- 6) czy małżonek wiedział o popełnieniu przestępstwa przez skarżącego, kiedy zawierał związek małżeński;
- 7) czy skarżący ma dzieci i w jakimś wieku;
- 8) trudno ci, jakichś może do wiadomości małżonek skarżącego w kraju, do którego nastąpi wydalenie;
- 9) istnienie w życiu rodzinnym oraz socjalnym osoby wydalonej z krajem jej pochodzenia¹⁴.

W nielicznych orzeczeniach dotyczących spraw ekstradycyjnych organy strasburskie stosują jednak inny standard oceny proporcjonalności ingerencji nie w skargach dotyczących wydalenia z powodu popełnienia przestępstwa. Przede wszystkim w orzecznictwie podkreśla się, że Konwencja nie gwarantuje „prawa do ochrony przed ekstradycją”, toteż „tylko w wyjątkowych okolicznościach wydanie osoby w celu osądzenia jej za poważne czyny zabronione popełnione w państwie wzywającym może być uznane za nieusprawiedliwione lub nieproporcjonalną ingerencję w prawo do życia rodzinnego”¹⁵. Inaczej niż w sprawach dotyczących wydalenia osoby w sprawach ekstradycyjnych Trybunał nie stosuje zwykłego testu proporcjonalności, ale wymaga zaistnienia wyjątkowych okoliczności przemawiających za odstąpieniem od ekstradycji. W piśmiennictwie próbuje się takie podejście Trybunału, wskazując, że osoba objęta wnioskiem ekstradycyjnym sama naraża się na ściganie w obrębie obcej jurysdykcji, popełniając tam przestępstwo. Nie może zatem oczekiwać, że uciekając przed wymiarem sprawiedliwości i udając się do państwa-strony Konwencji, otrzyma ochronę przed wydaniem na gruncie art. 8 EKPCz na takich samych warunkach jak osoba podlegająca wydaleniu z powodu popełnienia przestępstwa¹⁶. Trzeba przy tym

¹⁴ L. Garlicki [w:] *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, t. 1, *Komentarz do artykułów 1-18*, red. *idem*, Warszawa 2010, s. 536; por. także wyrok ETPCz z dnia 2 sierpnia 2001 r. w sprawie *Boultif v. Szwajcaria*, skarga nr 54273/00, § 48; wyrok ETPCz z dnia 18 października 2006 r. w sprawie *Uner v. Holandia*, skarga nr 46410/99, §§ 57-58; wyrok ETPCz z dnia 16 kwietnia 2013 r. w sprawie *Udeh v. Szwajcaria*, skarga nr 12020/09, § 45.

¹⁵ Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z dnia 8 grudnia 1997 r. w sprawie *Launder v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 27279/95, cz. 3 decyzji.

¹⁶ Por. A. du Bois-Pedain, *The Right to Family Life in Extradition Cases. More Defendant-friendly than Strasbourg requires*, „Cambridge Law Journal” 2010, Vol. 69, No. 2, s. 225; podobny standard wynika z decyzji Komitetu Praw Człowieka dotyczących ochrony prawa do prywatności i życia rodzinnego (art. 17 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych otwartego do podpisu w Nowym

zauważyć, że niekiedy sądy krajowe, orzekając w kwestii dopuszczalności ekstradycji, stosują standard ochrony prawa do poszanowania życia rodzinnego wypracowany w orzecznictwie Trybunału na gruncie spraw dotyczących wydalenia osoby (*expulsion*) z powodu popełnienia czynu zabronionego. Nie uwzględniając tym samym, że Trybunał strasburski inaczej traktuje sprawy ekstradycyjne, postrzegając je przede wszystkim jako element realizacji zobowiązań międzynarodowych i wzajemnej pomocy prawnej w sprawach karnych w celu zachowania porządku publicznego i życia przestępcy¹⁷.

W przywołanej sprawie *Launder v. Zjednoczone Królestwo* przyznano, że różnica skarżącego z innymi dziećmi na skutek jego wydania do Hongkongu stanowiłaby ingerencję w prawo do poszanowania życia rodzinnego. Jednak ingerencja ta była przewidziana przez prawo oraz konieczna w społeczeństwie demokratycznym. W ocenie organu orzekającego wykonanie wniosku ekstradycyjnego 19 lat po popełnieniu czynów zabronionych nie stanowi „wyjątkowej okoliczności”, która przesądzałaby o nieproporcjonalności ingerencji w prawo skarżącego chronione przez art. 8 EKPCz. Uzasadniając oczywistą bezzasadność skargi, wskazano, że skarżący i jego rodzina mieszkali w Hongkongu przez około 10 lat, a przez wiele lat przed zatrzymaniem skarżącego mieszkali poza Zjednoczonym Królestwem i zmieniali swoje miejsce pobytu. Skarżący nie wykazał też, że jego żona i dzieci nie mogliby pojechać z nim do Hongkongu lub odwiedzać go¹⁸.

Podobnie w sprawie *Aronica v. Republika Federalna Niemiec* Trybunał uznał, że ekstradycja skarżącego w celu wykonania kary pozbawienia wolności we Włoszech stanowi usprawiedliwioną i proporcjonalną ingerencję

Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. [Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167]) w kontekście przekazania osoby do innej jurysdykcji; por. J. Harrington, *The Absent Dialogue. Extradition and the International Covenant on Civil and Political Rights*, „Queen's Law Journal” 2006, Vol. 32, s. 129.

¹⁷ Por. orzeczenie zreferowane przez: B. Nita-Wiatłowska, *Przestanki orzeczenia o prawnej niedopuszczalności ekstradycji obywatela polskiego do USA - glosa do postanowienia Sądu Okręgowego w Krakowie z 30.10.2015 r. (III Kp 14/15)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2016, nr 7, s. 36-43; por. także A. du Bois-Pedain, *The Right to Family...*, *op. cit.*, s. 224. Na temat orzecznictwa sądów Zjednoczonego Królestwa w tej kwestii: J.R. Spencer, *Extradition, the European arrest warrant and human rights*, „Cambridge Law Journal” 2013, Vol. 72, No. 2, s. 250-253; autor omawia m.in. sprawę *F.-K. v. Polish Judicial Authority* z 2012 r., w której odmowa przekazania osoby w trybie europejskiego nakazu aresztowania była spowodowana koniecznością ochrony życia rodzinnego.

¹⁸ Czł. 3 uzasadnienia decyzji o niedopuszczalności w cyt. sprawie *Launder v. Zjednoczone Królestwo*.

w prawo do poszanowania życia rodzinnego, pomimo że różniła z nią i trójk dzieci stanowi niewątpliwie poważną trudność (*considerable hardship*). Trybunał powołał się przy tym na margines swobody (*margin of appreciation*) pozostawiany państwom w podobnych sprawach¹⁹.

W późniejszym orzecznictwie dotyczącym ingerencji w prawo do ochrony życia rodzinnego na skutek wykonania wniosku ekstradycyjnego Trybunał podkreślił rolę umów ekstradycyjnych w zwalczaniu przestępczości. Zdaniem Trybunału „jedynie w wyjątkowych okolicznościach prawo skarżącego do prywatności i życia rodzinnego może przeważać nad usprawiedliwionym celem, jaki realizuje ekstradycja”²⁰. Tote podniesione przez skarżącego uwarunkowania rodzinne (choroba matki, dwójka małych dzieci) nie stanowi wyjątkowych okoliczności, które wskazywałyby na potrzebę rezygnacji z ekstradycji. Trybunał przyznał, że duża odległość między Zjednoczonym Królestwem a Australią skutkuje ograniczeniem możliwości podtrzymywania kontaktów rodzinnych w razie wydania skarżącego, jednak ze względu na wagę zarzutów stawianych skarżącemu, jak również obowiązek honorowania zobowiązań międzynarodowych w zakresie ekstradycji, wydanie skarżącego nie jest nieproporcjonalne do celu wskazanego w art. 8 ust. 2 EKPCz. W sprawie *King v. Zjednoczone Królestwo* Trybunał wziął również pod uwagę to, na ile organy Zjednoczonego Królestwa rozważyły możliwość osądzenia skarżącego za czyny objęte wnioskiem ekstradycyjnym jako alternatyw dla jego ekstradycji. Trybunał podkreślił, że Konwencja nie gwarantuje prawa do bycia osądzonym w konkretnej jurysdykcji krajowej. Zdaniem Trybunału organy Zjednoczonego Królestwa przedstawiły przekonujące powody dla cigania skarżącego w Australii, gdzie byli sędziowie pozostali członkowie grupy przestępczej. W rezultacie Trybunał uznał, że władze Zjednoczonego Królestwa należyście wykazały, iż wydanie skarżącego służyłoby ochronie porządku i zapobieganiu przestępstwom, jak tego wymaga art. 8 ust. 2 EKPCz.

W dwóch innych orzeczeniach dotyczących omawianej problematyki Trybunał przedstawił bardzo skromne uzasadnienie oczywistej bezzasadności zarzutu naruszenia art. 8 EKPCz. W sprawie *Babar Ahmad i inni v. Zjednoczone Królestwo* stwierdził:

Trybunał przypomina, że tylko w wyjątkowych okolicznościach ochrona życia prywatnego lub rodzinnego osoby w Państwie-stronie Konwencji może przeważać nad usprawiedliwionym celem, jakiemu służy ekstradycja tej osoby [...].

¹⁹ Decyzja ETPCz z dnia 18 kwietnia 2002 r. w sprawie *Aronica v. Republika Federalna Niemiec*, skarga nr 72032/01, cz. 2.

²⁰ Decyzja ETPCz z dnia 26 stycznia 2010 r. w sprawie *King v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 9742/07, § 29.

Takie okoliczności nie występują w odniesieniu do piątego i szóstego skarżących, w szczególności jeżeli uwzględnić wagę zarzucanych im czynów. Dlatego skarga jest oczywiście bezzasadna²¹.

Trybunał podobnie uzasadnił oczywistą bezzasadność zarzutu naruszenia art. 8 EKPCz podniesionego w sprawie *Trabelsi v. Belgia*²². Skarżący podnosił, że jego ekstradycja do Stanów Zjednoczonych Ameryki uniemożliwiłaby mu kontakty z partnerką zamieszkałą w Belgii, z którą zamierzał się ożenić. Wniosek ekstradycyjny dotyczył poważnych przestępstw o charakterze terrorystycznym. Trybunał uznał, że w sprawie nie zachodzą wyjątkowe okoliczności, za interes publiczny w wydaniu skarżącego przeważa nad jego interesem prywatnym. Z tego powodu, jak również mając na względzie interes Belgii w honorowaniu jej zobowiązań międzynarodowych wobec Stanów Zjednoczonych Ameryki, Trybunał orzekł oczywistą bezzasadność zarzutu naruszenia art. 8 EKPCz²³.

W dotychczasowym orzecznictwie Trybunał nie stwierdził naruszenia art. 8 EKPCz z powodu wykonania wniosku ekstradycyjnego i wydania osoby do innej jurysdykcji karnej. Poza zakresem rozważań pozostawiam tu sytuacje nielegalnego przekazania osoby do innej jurysdykcji, bez podstawy prawnej i poza przewidzianych przez prawo procedur ekstradycyjnych. W przypadku takiego przekazania dochodzi, rzecz oczywista, do naruszenia art. 8 EKPCz ze względu na to, że ingerencja w prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego nie ma należytej podstawy prawnej²⁴.

Nieliczne są te skargi, w których skarżący próbują powstrzymać ekstradycję, powołując się na konwencyjną ochronę życia prywatnego lub rodzinnego. Na podstawie przeanalizowanego orzecznictwa można jednak sformułować kilka wniosków ogólnych. Oceniając konieczność ingerencji w prawa skarżących gwarantowane przez art. 8 EKPCz Trybunał dostrzega jednocześnie potrzebę respektowania zobowiązań międzynarodowych państw w dziedzinie ekstradycji. Czynnikiem brącym pod uwagę przez Trybunał jest też prawna możliwość osądzenia

²¹ Wyrok ETPCz z dnia 10 kwietnia 2012 r. w sprawie *Babar Ahmad i inni v. Zjednoczone Królestwo*, skargi nr 24027/07; 11949/08; 36742/08; 66911/09 i 67354/09, § 252; skarżący zostali objęci wnioskami ekstradycyjnymi wydanymi przez Stany Zjednoczone Ameryki. Dotyczyły one poważnych przestępstw o charakterze terrorystycznym związanych z atakami bombowymi na ambasady Stanów w Nairobi i w Dar es-Salaam w 1998 r.

²² Wyrok ETPCz z dnia 4 września 2014 r. w sprawie *Trabelsi v. Belgia*, skarga nr 140/10.

²³ §§ 167-171 wyroku.

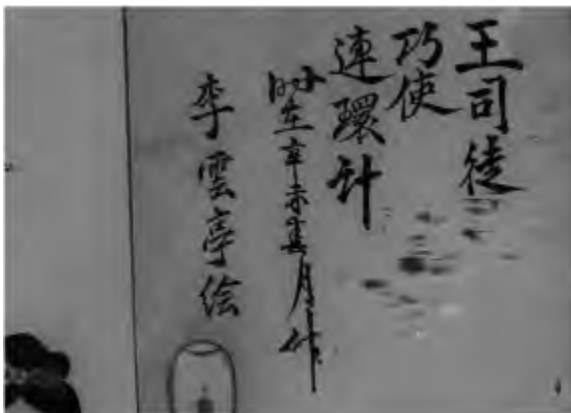
²⁴ Por. cyt. wyrok *AlNashiri v. Polska*, § 538-540.

osoby cyganej w państwie wezwanym zamiast jej wydania do państwa wzywającego. Normalne następstwa ekstradycji w postaci długotrwałej rozłąki czy rozdzielenia rodziny nie stanowi wyjątkowych okoliczności, które usprawiedliwiłyby uznanie wydania za nieuzasadnioną ingerencję w prawa chronione przez art. 8 EKPCz. Wydaje się też, że waga zarzucanych osobie cyganej czynów zabronionych ma istotne znaczenie przy stosowaniu testu konieczności ingerencji w społeczeństwie demokratycznym.

Tadeusz Widła

Panorama sygnowania dzieł sztuki

Przeładowe prezentacje problematyki cz. sto rozpoczyna zwrot: „Ju Chi czycy...” I rzeczywi cie, arty ci chi scy sygnowali - kiedy :

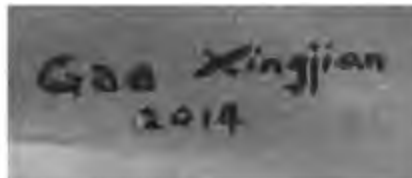


Fot. 1*

I czyni to współcześnie, chi skimi ideogramami lub alfabetem łaci skim:



Fot. 2a



Fot. 2b

Fotografie zamieszczone w artykule pochodz z archiwum autora.

Ale sygnowanie ma starsze pochodzenie. Wolno mniemać, że pierwszymi sygnaturami były już odwzorowania ręk twórców, towarzyszące paleolitycznym malowidłom jaskiniowym. Nie może przecież być przypadkiem, że obrysy dłoni znajdujemy na malowidłach, które dzielą tysiące kilometrów i tysiące lat¹. Uprawniony więc wydaje się wniosek, że w czasach, kiedy jeszcze nie znano pisma, artyści w ten sposób donosili wiadomości: „to te ręce stworzyły te dzieła”.

Sygnowanie pisemne pojawiło się w Antyku. Wiadomo o tym sygnowane malowidła na greckiej ceramice. Niestety nie przetrwało antyczne malarstwo tablicowe; ale z zabytków literatury antycznej wiemy, że ówczesni malarze sygnowali – i to z użyciem predykatów opisujących rolę wykonawczą². Natomiast najstarszy sygnowany obraz średniowieczny, *S d Ostateczny* autorstwa Mikołaja i Jana, datowany na przełom XI i XII stulecia znajduje się w Pinakotece Watykańskiej³:



Fot. 3

¹ Jaskini Chauveta (dolina Pont d'Arc) od jaskini Sanza de Sautuolo (Altamira) dzieli ok. tysiąc kilometrów, a powstanie malowideł (i piktogramów sygnujących) tysiące lat. Wskazuje to, że już w paleolicie nie tylko ekspresja artystyczna, ale i zaznaczanie autorstwa to nie incydenty, ale *continuum*. Motyw ręki ma jakby postać archetypiczną; o czym współcześnie zdaje się świadczyć np. „kultowy” serial *Cztery pancerni i pies* w którym bohaterowie po zdobyciu folwarku w Studziankach oznaczają swoje dzieło przez odbicie ręki na okopconej ścianie (wcześniej w ten sam sposób oznaczyli swój czołg).

² Z antycznego piśmiennictwa znamy nawet treść niektórych sygnatur – zob. np. Pliniusz, *Historia naturalna*, przeł. I. Zawadzka, T. Zawadzki, Wrocław-Kraków 1961, s. 383.

³ Zob. np. C. Pietrangeli, *Watykan, arcydzieła malarstwa*, przeł. G. Jurkowlaniec, Warszawa 1998, s. 580.

Na późniejszych średniowiecznych obrazach sygnatury spotyka się powszechnie:



Fot. 4

Sygnowanie obrazów

Obrazy sygnowane są przez oznaczenie personalizujące złożone z oznaczenia imienia i nazwiska, kiedy powszechnie uzupełniane o opis roli wykonawczej:



Fot. 5

Personalizacja może jednak nastąpić przez wskazanie tylko nazwiska lub nazwiska i inicjałów imienia/imion:



Fot. 6a



Fot. 6b

Współcześnie spotyka się sygnatywy tworzone przez oznaczenie tylko imienia twórcy:



Fot. 7a



Fot. 7b

W roli sygnatury może wystąpić monogram, mono- lub poliinicjalny:



Fot. 8a



Fot. 8b

Niekiedy uformowany na podobieństwo piktogramu:



Fot. 9a



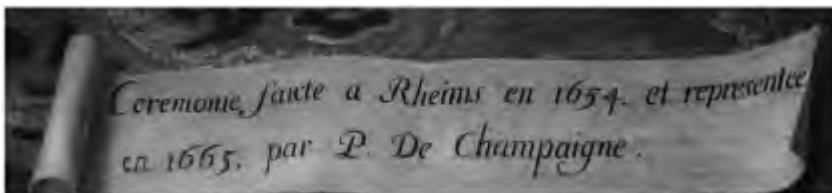
Fot. 9b

U Mistrzów Dawnych spotyka się te sygnatywy rozwinięte do postaci tzw. inskrypcji sygnowanej, np. przedstawiającej portretowaną postać:



Fot. 10a

Lub namalowane zdarzenie:



Fot. 10b

Personalizacjom towarzyszą oznaczenia dat wskazujących zakończenie tworzenia dzieła lub nawet opisujących cały czas procesu twórczego - od jego początku do końca:

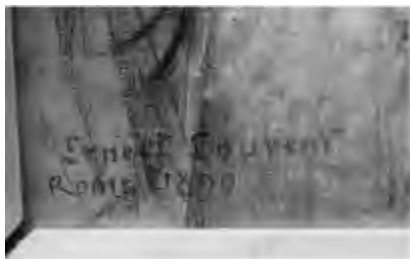


Fot. 11a



Fot. 11b

Niekiedy te oznaczenia miejsca powstania:



Fot. 12a



Fot. 12b

Sygnatury zazwyczaj kładzione są na licach (awersach) malowideł:



Fot. 13

Mistrzom Dawnym - w czasach, gdy w ich warsztatach dokonywano tzw. obstalunku kompletnego, obejmującego obramienie, i bywało, że i montaż w pomieszczeniu - zdarzało się sygnować na ramach:



Fot. 14a



Fot. 14b

Ryzyko, że zmiana ramy spowoduje usunięcie sygnatury, skłaniało do sytuowania sygnatur na specjalnie domalowanych tzw. nibyramach:



Fot. 15

Niekiedy malarze, np. abstrakcyjni, obawiając się, że obecność sygnatury zakłóci kompozycję, przenoszą ją w inne miejsce - np. na obrzeże lub wewnątrz czubek ramy:



Fot. 16a



Fot. 16b

Albo na rewers listwy - surowy lub obłożony płótnem:

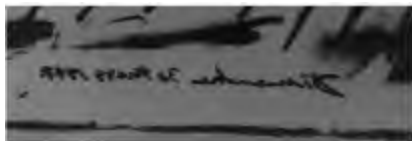


Fot. 17a



Fot. 17b

Zdarza się, że sygnatura nanoszona jest na już przygotowaną płytę, i wtedy nierzadko dukty przyjmują postać lustrowato odwróconą:



Fot. 21a



Fot. 21b

Odbitek można na sygnować piśmem naturalnym - w obszarze treściowym:

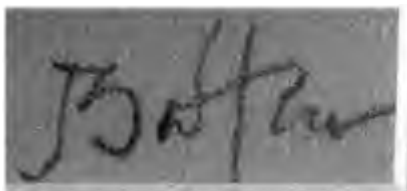


Fot. 22a



Fot. 22b

Lub poza nim:



Fot. 23a



Fot. 23b

Sygnaturze naniesionej przez odbicie płyty niekiedy towarzyszy podpis złożony na obszarze pozawyciskowym, bywa on inaczej kreślony:



Fot. 24a



Fot. 24b

Odbitka mo e te nosi oznaczenie wydawcy:

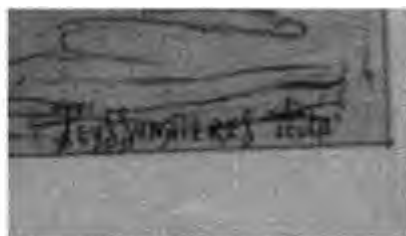


Fot. 25

Na grafikach pojawiaj si wskazania ról, kto narysował projekt matrycy i kto przygotował płyt :

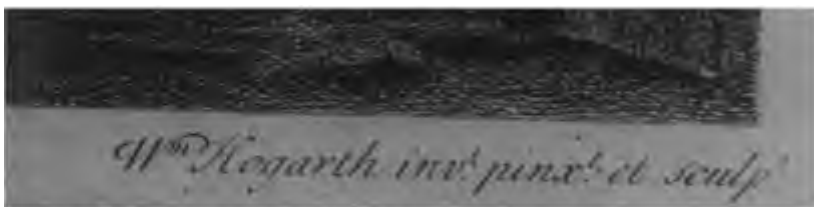


Fot. 26a



Fot. 26b

Niektórzy arty ci w jednej sygnaturze opisuj wszystkie swe role:



Fot. 27 Hogarth

Witra e

Na witra u mo e spoczywa sygnatura twórcy, namalowana lub uformowana z metalu obramiaj cego fragmenty:



Fot. 28a



Fot. 28b

Sygnatura wytwórcy:



Fot. 29a



Fot. 29b

Albo obydwie personalizacje - zarówno wskazanie autora projektu artystycznego, jak i wytwórcy:



Fot. 30

Rzeźba

Sygnowane były i są zarówno rzeźby i płaskorzeźby dawne:



Fot. 31a

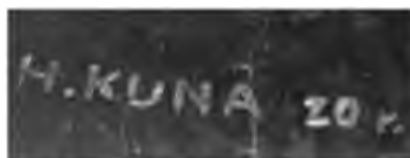


Fot. 31b

Jak i współczesne:



Fot. 32a



Fot. 32b

Pełnoprzemi co:



Fot. 33a



Fot. 33b

Lub monogramami:



Fot. 34a



Fot. 34b

Oznaczeniom personalizuj cym cz sto towarzyszy data - roczna, a nawet dzienna:



Fot. 35a



Fot. 35b

Oznaczenie miejsca i daty:



Fot. 36

Sygnatury odlewczy:



Fot. 37a



Fot. 37b

I (podobnie jak w grafice) numery produktów pochodzących z danej formy:



Fot. 38a



Fot. 38b

Sygnatury sytuowane są na korpusach rzeźb:



Fot. 39a



Fot. 39b

Częściej jednak na ich podstawach - częściach licowej:



Fot. 40a



Fot. 40b

Lub obwodowej:



Fot. 41a



Fot. 41b

Spotka te mo na inskrypcje sygnuj ce, np. autorskie dedykacje:



Fot. 42a



Fot. 42b

Inne dzieła

Dziełami po rednimi mi dzy obrazami a rze bami s instalacje, które te bywaj sygnowane:



Fot. 43a



Fot. 43b

Sygnowane te bywaj asambla e, a nawet performans⁴:



Fot. 44a



Fot. 44b

Obraz, z którego pochodzi sygnatura przedstawiona na fot. 44b, to lustro. W efekcie ka dy ogl daj cy ten obiekt tworzy portret własny; a proces twórczy jest ci gly, bo dzieł powstaje tyle, ilu jest ogl daj cych.

Gmerkami kiedy sygnowano materiały budowlane/półprodukty, piktograficznie:



Fot. 45a



Fot. 45b

Lub symbolicznie:



Fot. 46a



Fot. 46b

Sygnowane bywają także inne produkty, np. ceramika cienna:



Fot. 47

Lub stołowa:



Fot. 48a



Fot. 48b

Ozdobne obudowy i podstawy zegarów:



Fot. 49

Broń biała lub palna, np. artystycznie zdobione armaty⁵:



Fot. 50a



Fot. 50b

Sygnowano nawet całe obiekty budowlane, np. katedrę w Autun:



Fot. 51

Rola sygnatury

Jak z powyższego przeglądu wynika, sygnatura pełni dwie role. Pierwsza to oczywiście ekspozycja tożsamości twórcy. Stąd sygnowane są nawet autoportrety:

⁵ O sygnowaniu broni białej zob. np. M. Głosek, *Znaki i napisy na mieczach średnio-wiecznych w Polsce*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1973, s. 118 i nast.; M. Trzciński, *Miecz katowski, przegrany, szubienica*, Wrocław 2001, s. 65 i nast.



Fot. 52

A na obrazach poddawanych procedurze konkursowej występują sygnatury zastępujące - nieimiennie godła twórców:



Fot. 53

Ale już w antycznej Grecji sygnowano za pomocą predykatów opisujących rolę twórcze. Obecnie tych predykatów wiadomo, że już wtedy sygnatura nie była tylko znakiem tożsamości artystycznej; ale spełniała też drugą rolę - handlowego znaku identyfikacyjnego. Wymownie to ilustrują zmiany sygnowania, jakie nastąpiły w warsztacie Cranachów. Gdy w 1537 r. zmarł Hans, starszy z synów Lucasa Cranacha Starszego, skrzydła smoka (sygnatury piktograficznej) malowano jako złamane⁶. Odtąd w ten sposób do nabywcy wysyłano komunikat infor-

Zob. np. H. Ludecke, *Łukasz Cranach st.*, przeł. M. Chylińska, Warszawa 1976, s. 15 i nast. O działalności artystycznej warsztatu Cranachów zob. także: B. Hinz,

muj cy nie tylko o smutnym zdarzeniu w rodzinie; ale i o tym, e z rodzinne go zespołu trzech mistrzów jeden z nich ubył.



Fot. 54a



Fot. 54b

Predykatem o określonej treści (*agi, invenit, fecit, faciebat etc.*) informowano o wielkości udziału mistrza w powstaniu danego obrazu. A gdy nie można było sprecyzować udziału współwykonawców, podawano wspólne nazwisko (i zarazem nazwę firmy). Tak postąpili np. bracia Le Nain: w efekcie w odniesieniu do niektórych dzieł do dziś nie udało się rozpoznać, który obraz namalował Antoine, który Louis, a który Mathieu; a w przypadku dzieł namalowanych wspólnie, ustalili, jaki był udział poszczególnych braci⁷:



Fot. 55

Lucas Cranach D.Ä., Reinbek bei Hamburg 2003; J. Jahn, 1472-1553, *Lucas Cranach D.Ä.*, München 1972; H.K. Poulsen, *Cranach*, København 2002; W. Schade, *Malarski ród Cranachów*, przeł. E. Jakowska, Warszawa 1980.

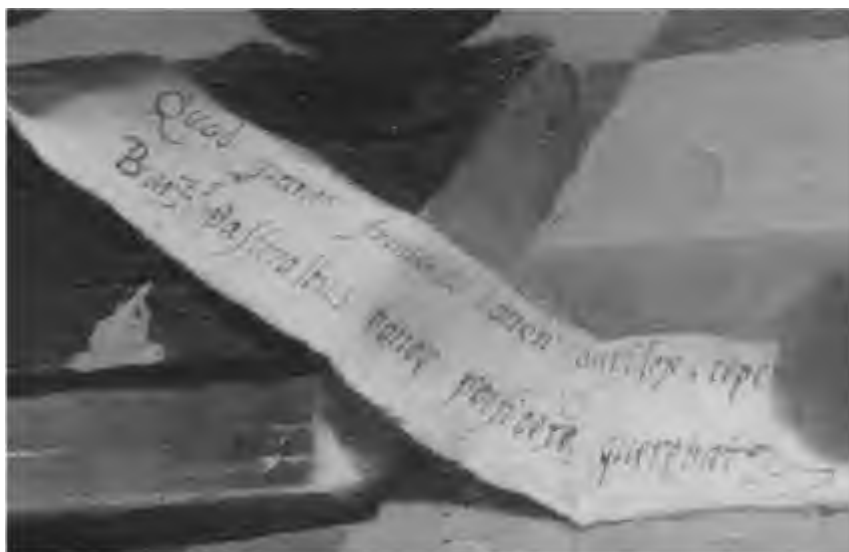
⁷ Zob. np. A. Dulewicz, *Encyklopedia sztuki francuskiej*, Warszawa 1997, s. 271; M. Hours, *Une vie au Louvre*, Paris 1987, s. 295 i nast.

Dbano o cudze prawa wyrażana była przez wskazywanie w sygnaturach nie tylko wykonawców, ale i ich mentorów. Tak postąpił np. Ferdinand Jodl, który malując zamek Hohenschwangau, w sygnaturze umieścił nazwisko Luegera, swego mentora⁸:



Fot. 56

W przypadku obrazów wykonywanych przez innego artystę dbano o dochowywanie przez wskazanie zarówno autora pierwotnego, jak i tego, który dzieło rozwinął do postaci finalnej:



Fot. 57

Zob. R. Pickel, W.D. Dube, *Neue Pinakothek*, München 1989, s. 144.

A tak e przez osobne sygnowanie przez restauratorów:



Fot. 58a



Fot. 58a

Współcze nie wiele udziałów twórczych dobrze obrazowana jest zwłaszcza w sygnowaniu grafiki lub rzeby. Natomiast w nowoczesnym malarstwie zanikła praktyka wstawiania predykatów do sygnatur. Współudziały twórcze opisywane s przez polisygnowanie:



Fot. 59a



Fot. 59b

Niekiedy te przez wskazywanie orientacji artystycznej - np. przez oznaczenie przynależności do odpowiedniej grupy twórczej:



Fot. 60a



Fot. 60b

Faktycznie sygnatury pełnią ważną rolę w obrocie handlowym, podpowiada, jak postać powinna przybierać kwalifikacja czynu zabronionego, jakim jest sfalszowanie sygnatury. Otóż właściwie należy uznać, że jest to przestępstwo opisane w art. 306 k.k.; penalizującym podrobienie lub przerabianie znaków identyfikacyjnych składanych na towarach⁹.

⁹ O odpowiedzialności karnej za sfalszowanie dzieła sztuki zob. np. A. Szczekała, *Falszerstwa dzieł sztuki. Zagadnienia prawnokarne*, Warszawa 2012, s. 94-141 lub: D. Wilk, *Falszerstwa dzieł sztuki. Aspekty prawne i kryminalistyczne*, Warszawa 2015, s. 33-77 i 219-282.

Bartosz Włodarski

W poszukiwaniu wzorca nauki o polityce - rzecz o lwowskiej Szkole Nauk Politycznych 1902-1906

Artykuł ten dedykuję „Te ciowi z dawnych lat” na pamiątkę pobytu we Lwowie, gdzie kiedy poznawali my historię tego miasta i obserwowali starania Jacka Kuronia na rzecz pojednania polsko-ukraińskiego...

Dla badacza historii polskich nauk politycznych istotne znaczenie ma określenie momentu, w którym zaczęły one stawać się niezależne od innych dyscyplin naukowych dziedzin wiedzy. Wyraźny cesur – powszechnie przyjmowany przez uczonych dokonujących periodyzacji dziejów rodzimej politologii – wyznacza budowa specjalistycznych instytucji (szkół nauk politycznych), powoływanych w Galicji w początkach XX w. To właśnie ich działalność rozpoczęła nowy etap rozwoju nauki o polityce, która uzyskała z czasem status akademicki¹, przestając być szeroko rozumianymi umiejętnościami politycznymi związanymi z wydziałami prawa. Ten okres autonomizacji i tworzenia nowoczesnych, instytucjonalnych nauk politycznych ma wyraźne ramy czasowe. Za symbolicznie można uznać datę 14 marca 1902 r., kiedy to

¹ P. Borowiec, B. Krauz-Mozer, P. Cigaj, *Kim jeste politologu?*, t. 1, Kraków 2011, s. 40.

w „Kurierze Lwowskim” ogłoszono, a CK Namiestnictwo zatwierdziło istnienie Towarzystwa Szkoły Nauk Politycznych², którego działalność wyznaczyła w dziedzinie polskiej politologii początek pewnej ery, której szczytowy okres przypada na lata 30. XX w., a kres stanowi 1939 r.

O rodek lwowski był pierwszy na ziemiach polskich³ Szkół Nauk Politycznych (SNP) i ma ze względu na swój prekursorski charakter szczególne znaczenie dla ich historii, co skłania do poszukiwania odpowiedzi na wiele pytań. Wiąże się one między innymi z próbami ustalenia, czy we Lwowie zbudowano własny, unikalny model uprawiania nauk politycznych, czy też starano się jedynie transponować gotowe wzorce wypracowane w państwach zachodnioeuropejskich – tak, jak to miało miejsce w ośrodkach krakowskim i warszawskim w odniesieniu do paryskiej École Libre des Sciences Politiques⁴. Rodzi to kolejne pytania – czy i w jakim stopniu ów „lwowski wzorzec politologiczny” miał charakter formacyjny dla nauk politycznych w Polsce? Czy jako pionierski w tej dziedzinie upowszechnił się i znalazł zastosowanie w podobnych placówkach politologicznych rozwijanych na terenie II Rzeczypospolitej? W jakim stopniu SNP z lat 1902–1906 była obciążona problemami polityki i czy w ogóle mogła na określić mianem instytucji naukowej, czy też budowano wówczas wyłącznie zaplecze intelektualne dla partii politycznych lub ruchów społeczno-politycznych – rodzaj odpowiednika współczesnego *think tanku*. Aby odpowiedzieć na te pytania, należy usystematyzować wiedzę o lwowskiej Szkole Nauk Politycznych.

Celem niniejszego artykułu jest między innymi ukazanie tej instytucji, genezy jej powstania w kontekście historii rozwoju nauk politycznych we Lwowie, a następnie jej dziejów, podstaw prawno-organizacyjnych oraz prezentacja sylwetek kadry profesorskiej i członków patronackiego towarzystwa, z uwzględnieniem ich przynależności do partyjnej i aktywności politycznej, co mogło mieć znaczenie dla profilu szkoły i określenia stopnia jej niezależności naukowej. Konieczne jest

2 „Kurier Lwowski” 1902 (20), nr 73. Wzmianka w prasie dotyczyła szerokiego zakresu działań Szkoły, który oprócz prac edukacyjnych i wydawniczych obejmował m.in. zakładanie filii na prowincji i podejmowanie działalności popularyzatorskiej na wsiach. Zob. także: S. Dobrowolski, *Szkoła Nauk Politycznych we Lwowie w latach 1902–1906*, „Studia Historyczne” 1998, z. 3, s. 350; Arch. UJ – Zespół Akt Polskiej Szkoły Nauk Politycznych: PSNP 3, Inne szkoły: *Statut Szkoły Nauk Politycznych we Lwowie*, Lwów 1905, s. 14.

3 Pojmowanych wówczas jako historycznie ziemie przynależne do I Rzeczypospolitej.

4 B. Włodarski, *Jeden cel – dwie drogi. O recepcji wzorców francuskich na przykładzie krakowskiej i warszawskiej szkoły nauk politycznych od czasów zaborów do 1939 r.*, „Politeja” 2015, nr 4 (36), s. 275–298.

przybliżenie zakładanych przez twórców o rodka lwowskiego celów i wizji oraz ich konfrontacja z wdrażanym programem naukowo-dydaktycznym, frekwencją i liczbą słuchaczy oraz wizerunkiem tej placówki w ówczesnej prasie.

Niniejszy szkic stanowi także próbę uzyskania na bazie analizy statystycznej syntetycznego obrazu tej pionierskiej z punktu widzenia współczesnej nauki o polityce instytucji, czemu służy mają zamieszczone w Aneksie tabele i zestawienia. Może on być również wstępem do dalszych badań nad nią, prowadzonych we współpracy z uczonymi ze Lwowa⁵.

Opis rozwoju nauk politycznych we Lwowie od 2 połowy XVIII w. do 1902 r. ma na celu osadzenie tej instytucji w szerszym kontekście historycznym i danie możliwości porównania jej dokonania z rozwojem nauk politycznych na ziemiach polskich w tym okresie - przede wszystkim z o rodkiem krakowskim, wnikliwie omawianym w licznych opracowaniach naukowych⁶. Uwzględnienie tego kontekstu w niniejszym opracowaniu ma pomóc w udzieleniu odpowiedzi, czy szkoła mogła stanowić swoiste *continuum* wiedzy akademickiej, czy też była próbą tworzenia nauki o polityce niejako od podstaw.

Historycy nauk politycznych często pomijają lwowską SNP lub tylko zdawkowo wspominają o jej istnieniu, natomiast początki instytucjonalnych nauk politycznych z inauguracją działalności krakowskiego Towarzystwa Polskiej Szkoły Nauk Politycznych w 1909 r. (12 XI) błądzą z działalnością pierwszych krakowskich szkół nauk politycznych założonych w 1911 r. - kierowanej przez profesora UJ Michała Rostworowskiego Polskiej Szkoły Nauk Politycznych (PSNP) oraz zarządzanej przez Juliana Gertlera, Odonę Bujwidę oraz Zofię Daszyńską-Golińską⁷ Polskiej Szkoły Nauk Społeczno-Politycznych

⁵ Z inicjatywy prof. dr. hab. Bogdana Szlachty, kierownika Katedry Filozofii Polityki w Instytucie Nauk Politycznych i Stosunków Międzynarodowych UJ oraz prof. dr. hab. Anatolija Romaniuka z Wydziału Filozoficznego Lwowskiego Uniwersytetu Narodowego planowana jest wspólna ukraińsko-polska kwerenda i badania dotyczące życia politycznego i organizacji społeczno-politycznych Lwowa w początkach XX w., ze szczególnym uwzględnieniem roli Szkoły Nauk Politycznych z lat 1902-1906.

⁶ M. Patkaniowski, *Dzieje Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego. Od reformy kołłątajowskiej do końca XIX stulecia*, Kraków 1964; B. Włodarski, *Szkoła Nauk Politycznych Uniwersytetu Jagiellońskiego 1920-1949*, Kraków 2015, s. 17-45; A. Zioba, *Miejsce i rola Profesora Michała Rostworowskiego w rozwoju nauk politycznych na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie*, „Politeja” 2012, nr 1 (19), s. 255-264.

⁷ Arch. UJ, PSNP 3, *Programy Szkoły Nauk Społeczno-Politycznych w Krakowie 1911-1913*, Skład zarządku Towarzystwa Polskiej Szkoły Nauk Społeczno-Politycznych.

(PSNS-P)⁸. W opracowaniach politologicznych dzieje lwowskiej placówki omawiają Barbara Krauz-Mozer, Piotr Borowiec i Paweł Cigaj w pierwszym tomie monografii poświęconej historii i metodologii nauk politycznych *Kim jeste politologu?* Kilkustronicowa nota poświęcona tej instytucji zawiera podstawowe informacje o jej historii, profilu programowym i kadrze naukowej⁹. O lwowskiej szkole wspominają historycy Leszek Hajdukiiewicz¹⁰, Stanisław Kozicki¹¹ oraz Stanisław Dobrowolski¹². Ten ostatni z kolei benedykty skierował pieczęlowito ci zrekonstruował dzieje tej placówki na podstawie ówczesnej prasy, w tym przede wszystkim lwowskiego „Słowa Polskiego”¹³. Najobszerniejszy szkic o SNP i prób syntetycznego ujęcia jej działalności podjął Bronisław Pasierb w artykule *Pierwsza polska szkoła politologiczna*¹⁴.

Twórca krakowskich szkół nauk politycznych - profesor UJ Michał Rostworowski korespondował ze współzałożycielem lwowskiej Szkoły

⁸ Lwowskiego o rodka nie wymieniają w swoich opracowaniach z dziedziny historii nauk politycznych m.in. J. Puchalski, M. Chmaj, Cz. Mojsiewicz, E. Olszewski i A. Puka; J. Puchalski, *Z dziejów nauk politycznych w Polsce*, „Studia Nauk Politycznych” 1981, nr 3, s. 44; M. Chmaj, *Tradycje nauki o polityce w Polsce*, [w:] E. Olszewski, *Politologia w szkolnictwie wyższym w Polsce*, Lublin 1997, s. 24; Cz. Mojsiewicz, *Rozmowy o polskiej politologii*, Toru 2005, s. 24; E. Olszewski, A. Puka, *Studia politologiczne w Polsce*, „Polityka i Społeczeństwo” 2004, nr 1. Jednym zdaniem wspominają o istnieniu lwowskiej SNP B. Pasierb i M. Kosman, B. Pasierb, *Z tradycji polskiej nauki o polityce (cz. 1). Nauka o polityce, kultura polityczna przełomu XIX i XX wieku*, „Polityka i Społeczeństwo” 2005, nr 2, s. 110; M. Kosman, *Kilka uwag o politologii historycznej*, [w:] *Między historią a politologią*, Poznań 1998, s. 94.

⁹ P. Borowiec, B. Krauz-Mozer, P. Cigaj, *op. cit.*, s. 40-42. Podawane tam informacje są dalece niepełne, czego przykładem jest choćby analiza programu SNP, który został omówiony na podstawie przyjętego przez Towarzystwo Szkoły Nauk Politycznych projektu dwuletniego planu czterech kursów wykładowych z lat 1902/3, 1903/4, nie zaś pełnego i faktycznie zrealizowanego programu szkolnego obejmującego sześć kursów.

¹⁰ L. Hajdukiiewicz, *Geneza i początki Polskiej Szkoły Nauk Politycznych w Krakowie*, [w:] R. Dutkowska *et al.*, *Studia z dziejów oświaty i kultury umysłowej w Polsce XVIII-XX w.*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1977, s. 127-128.

¹¹ S. Kozicki, *Historia Ligi Narodowej*, Londyn 1964, s. 178-179.

¹² S. Dobrowolski, *op. cit.*, s. 350-363.

¹³ Wskazywanie wzmianek o szkole w „Słowie Polskim” zawierała informacja o przewidywanym terminie wykładu i osobie wykładowcy.

¹⁴ B. Pasierb, *Pierwsza polska szkoła politologiczna*, [w:] *Historia. Polityka. Społeczeństwo. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Henrykowi Cimkowi*, red. W. Bonusiak *et al.*, Rzeszów 2008, s. 282-292.

Nauk Politycznych (SNP¹⁵) - Władysławem Studnickim, który przekazał mu dokumenty programowe, statut i sprawozdania z działalności tej instytucji. W Archiwum Uniwersytetu Jagiellońskiego w aktach związanych z założeniem i działalnością PSNP (1911-1914) znajdują się skrupulatnie uporządkowane przez Rostworowskiego dokumenty SNP¹⁶. Niniejszy szkic oparty jest w przeważającej mierze na tych zasobach Archiwum UJ oraz analizie prasy lwowskiej z lat 1902-1906.

Lwów był w Galicji tym o rodkiem, w którym najwcześniej zakorzeniły się szeroko rozumiane nauki o polityce. Ich geneza wiąże się z mającym źródło w nauce o wieceniowej paradygmatem prawno-naturalnym, który był wykładany *ex cathedra* jako nauka moralna. Wykłady Antoniego Pfliegera z prawa natury, a także prawa narodów i tak zwanych instytucji oraz Dominika Seyfrieda von Köfila dotyczące umiejętnościach politycznych, prowadzone we lwowskiej Akademii Jezuickiej od 1775 r., tworzyły kanon ówczesnej wiedzy politologicznej¹⁷. Wraz z reformami o wiatowymi Józefa II i otwarciem 16 listopada 1784 r. - w miejsce uczelni jezuickiej uniwersytetu jego imienia - umiejętności polityczne stały się częścią dyscypliny akademickiej wykładanej w ramach wydziału prawa. Katedr Umiejętności Politycznych utworzono we Lwowie na wzór wiedeński, gdzie analogiczną katedr (*Polizei und Cameralwissenschaften*¹⁸) kierował słynny Józef Sonnenfels, twórca podręcznika - kompendium ówczesnej wiedzy administracyjno-politycznej. Już pierwszy wykład tej problematyki wspomnianego D.S. von Köfila¹⁹, który był uczniem i przyjacielem Sonnenfelsa, stanowił ujęcie zagadnień politycznych postrzeganych wprost jako *scientiam politicam principia Domini de Sonnenfels*²⁰.

¹⁵ W dalszej części artykułu skrót SNP będzie używany w odniesieniu do lwowskiej Szkoły Nauk Politycznych.

¹⁶ Arch. UJ, PSNP 3: Inne szkoły. Rostworowski między innymi dzięki materiałom pozyskanym od W. Studnickiego dysponował gotowymi wzorcami organizacyjnymi dla projektowanej szkoły nauk politycznych. Statut krakowskiej PSNP był niemal wierną kopią statutu SNP; B. Włodarski, *Szkola...*, *op. cit.*, s. 53 i nast.

¹⁷ L. Finkel, S. Starzyński, *Historia Uniwersytetu Lwowskiego*, Lwów 1894, s. 39. Rok 1775, w którym D.S. von Köfil rozpoczął wykłady umiejętnościach politycznych na Akademii jezuickiej we Lwowie, Czesław Mojsiewicz uznaje za drugą w kolejności datę (za pierwszą przyjmuje ufundowanie przez księcia Kazimierza Wojsznarowicza katedry prawa politycznego na Akademii Wileńskiej w 1662 r.) wyznaczając - początek instytucjonalnego rozwoju nauk politycznych w Polsce. Zob. szerzej: Cz. Mojsiewicz, *Rozmowy o polskiej politologii*, Toruń 2005, s. 12-13.

¹⁸ Katedr utworzył J. Sonnenfels w 1763 r.

¹⁹ D.S. von Köfil prowadził wykłady z umiejętnościach politycznych do 1798 r.

²⁰ L. Finkel, S. Starzyński, *op. cit.*, s. 96-98.

Wykładali umiejtno ci polityczne we Lwowie kolejno: Józef Beer, Marek Antoni Gotsch²¹, Józef Rohner²², Michał Franciszek Stogner, Edward Tomachek, Jan Pazdiera i Leon Biliński. Nauka ta stopniowo ewoluowała w kierunku nauk ciśłych i liczbowego opisu zjawisk społeczno-politycznych, do czego niewątpliwie przyczyniło się i czenie jej z wykładami ze statystyki i ekonomii politycznej. Równocześnie rozwijano na Wydziale Prawa Uniwersytetu Lwowskiego przedmioty, które później - w dwudziestoleciu międzywojennym - weszły do kanonu zagadnień należących do szeroko pojętych nauk politycznych. Do nich trzeba zaliczyć wykładane w ramach Wydziału Prawa i Umiejtno ci Politycznych zagadnienia prawno-ustrojowe, międzynarodowe i ekonomiczno-polityczne. Były to między innymi *Prawo polityczne*, *Powszechne i austriackie prawo polityczne*²³ oraz *Prawo międzynarodowe*. Ten ostatni przedmiot prowadził Gustaw Roszkowski, który wykładał te zagadnienia również w lwowskiej szkole nauk politycznych w roku 1905/6²⁴.

Wiedza humanistyczna i prawna, w tym wspomniane wcześniej „rozproszone” i uprawiane w ramach innych dyscyplin i jednostek akademickich nauki polityczne²⁵, były przedmiotem krytycznej oceny Władysława Studnickiego - *spiritus movens* SNP. Uważał on, że wykłady na Uniwersytecie Lwowskim, poza nielicznymi wyjątkami, cechowały się „tępą formalistyką i brakiem inspiracji do samodzielnego myślenia oraz usypianiem słuchacza”²⁶. Wspomnianego wcześniej profesora L. Bilińskiego zaliczał do tych uczonych, którzy, mogąc wzbogacić polską naukę i wychować uczniów i następców, migrowali z uczelni, wybierając kariery urzędnicze i ministerialne, co wówczas było normą²⁷. Stawiał

²¹ M.A. Gotsch do klasycznej nauki kameralistyki wprowadzał elementy nauki o kulturze i upowszechniał pojęcie ideału *humanitalis*. Zob. szerzej: *ibidem*, s. 102.

²² Rohner prowadził wykłady z umiejtno ci politycznych połączonych ze statystyką ogólną i austriacką w okresie degradacji uniwersytetu józefińskiego do Liceum Lwowskiego (1805-1817) do 1818 r.

²³ Prowadził je Stanisław Starzyński, mentor i promotor kariery uniwersyteckiej Ludwika Ehrlicha, późniejszy dyrektor lwowskiego Studium Dyplomatycznego.

²⁴ Aneks, Program wykładów lwowskiej Szkoły Nauk Politycznych od 22 X 1902 r. do V 1907 r., Zestawienie wykładów za rok 1905/6, kurs II (od 22 I 1906 r. do III 1906 r.).

²⁵ Nauki polityczne w 2 poł. XIX i w początkach XX w. ewoluowały od stawiających w centrum zainteresowania państwo umiejtno ci politycznych, jak pojmował je Franciszek Kasperek, w kierunku wielu dyscyplin użytkowych, rozwijających się głównie w ramach ówczesnych Wydziałów Prawa. Zob. szerzej: F. Kasperek, *O nauce umiejtno ci politycznych*, Lwów 1876.

²⁶ W. Studnicki-Gizbert, *Z przeszłości i walk*, Warszawa 1928, s. 75.

²⁷ *Ibidem*, s. 76.

Studnicki gorzko diagnozował i konstatował, że całe dziedzictwo Uniwersytetu Lwowskiego wiązało się ze wiadomą polityką germanizacyjną władz i instrumentalnym traktowaniem mniejszości narodowych oraz ich wzajemnym antagonizowaniem. Uważał, że w 1849 r. zamysłem Austriaków było stworzenie uniwersytetu ukraińskiego i dopiero wówczas, gdy okazało się to niemożliwe, a kadra czesko-niemiecka była wypierana w sposób naturalny przez Polaków, placówka zyskała status uczelni polskiej²⁸.

Studnicki uważał, że te braki powinna wypełnić szkoła nauk politycznych o charakterze państwowotwórczym. Podkreślał jej apartyjny charakter i mozaikową strukturę wykładów - „układan z polską myślą państwową”²⁹. SNP miała dawać to, czego nie był w stanie zapewnić uniwersytet i - jak twierdził - liczni studenci zagranicznych uniwersytetów zapisywali się do szkoły w celu przygotowania prac doktorskich³⁰. Widział tygiel narodów zamieszkujących Galicję i uważał, że społeczeństwo, które nie rozwinie idei narodowej, skazane jest na zagładę. SNP miała służyć krzewieniu tej idei, która dla niego była to sama z siebie - nie do demokracji³¹.

Studnicki był postacią barwną, niepoddając się łatwym klasyfikacjom, typem niespokojnego ducha, porzucającego rozpoczęte przedsięwzięcia i „rzucającego się naprzeciw kolejnym doniosłym wyzwaniom”. Nie budził jednak w tym względzie jego zapaleń i zaangażowanie w utworzenie i rozwój SNP. Był w prasie nazywany inicjatorem powołania lwowskiej Szkoły Nauk Politycznych³². Można postawić tezę, że na genezę tej instytucji wpływ miały trzy równoważące elementy: kreatywna rola Studnickiego przy jej tworzeniu, wsparcie środowisk związanych z Ligą Narodów (LN) i zaangażowanie jej lwowskich liderów, w tym Stanisława Głubińskiego i Stanisława Grabskiego, oraz trzeci czynnik, być może najważniejszy, związany z realizacją aspiracji polskiej inteligencji Lwowa, którego symbolicznym wyrazem była obecność we władzach SNP Kazimierza Twardowskiego³³. W przemówieniu inauguracyjnym,

²⁸ *Ibidem*, s. 75.

²⁹ *Ibidem*, s. 81-82.

³⁰ *Ibidem*, s. 83.

³¹ „Słowo Polskie” 1902 (7), nr 141.

³² „Kurier Lwowski” 1902 (20), nr 84. Podobnie oceniał jego rolę B. Pasierb, nazywając go organizatorem lwowskiej SNP, B. Pasierb, *Z tradycji..., op. cit.*, s. 110.

³³ Wybitnego logika, założyciela szkoły lwowsko-warszawskiej, mistrza i wychowawcy całego pokolenia polskich filozofów i matematyków, którego uczniami byli między innymi Władysław Tatarkiewicz, Kazimierz Ajdukiewicz, Roman Ingarden czy Hugo Steinhaus. O sposobach uprawiania filozofii przez Twardowskiego,

otwieraj cym działalno pierwszego kursu szkolnego, 22 pa dziernika 1902 r., przedstawiał Twardowski Szkoł Nauk Politycznych jako instytucj „fachow ”, kształc c obywateli wiadomie uczestnicz cych w yciu publicznym, której naczelnym d eniem jest słu ba wiedzy i prawdzie. Uwa ał, e droga do prawdy naukowej „musi si opiera na owej naszej politeji, na Rzeczypospolitej naszej, czerpi c z jej dziejów konkretny materiał i musi by szkoł w najpełniejszym tego słowa znaczeniu polsk ”³⁴ .

Te oparte na patriotyzmie i prawdzie idee wdra ali przedstawiciele elit intelektualnych Lwowa współtworzyli stowarzyszenie jako jego członkowie i wykładowcy. Mo na tu wymieni osoby o ró nych politycznych afiliacjach, zwi zane z uniwersytetem lub politechnik lwowsk , a tak e Akademi Rolnicz w Dublanach. Nie byłoby lwowskiej szkoły bez takich osobowo ci jak³⁵: Władysław Ochenkowski³⁶, Tadeusz Fiedler³⁷, Jan Gwałbert Pawlikowski³⁸, Zbigniew Walenty Pazdro³⁹, Zdzisław

ujmowaniu jej i krzewieniu jako misji intelektualno-moralnej zob. szerzej: J. Woleński, *Filozofia czna szkoła lwowska-warszawska*, Warszawa 1985, s. 9-27.

³⁴ „Słowo Polskie” 1902 (7), nr 511, por. „Słowo Polskie” 1902 (7), nr 512.

³⁵ Nie wymieniono tu wszystkich postaci zwi zanych ze szkoł , a krótkie biogramy przygotowano, bazuj c na szerokim materiale ródowym, którego podstaw były sylwetki z *PSB* oraz liczne opracowania i pami tniki. Zostały one nakre lone w ten sposób, by kluczowy był okres 1902-1906, uwzgl dniono te jednak pó -niejsze dokonania - pełnienie funkcji ministerialnych czy zwi zanych z uprawianiem nauk politycznych.

³⁶ Powstaniec styczniowy, wybitny ekspert w dziedzinie nauk politycznych, absolwent, doktor filozofii i dr hab. w dziedzinie ekonomii oraz docent nauk politycznych uniwersytetu w Jenie. We Lwowie kierownik Katedry Ekonomii Społecznej, dziekan, a nast pnie rektor Uniwersytetu Lwowskiego, członek American Academy of Political and Social Sciences w Filadelfii oraz British Economic Association w Londynie.

³⁷ In ynier, w czasach powoływania SNP kierownik Katedry Teorii Maszyn, rektor Politechniki Lwowskiej.

³⁸ Profesor ekonomii Akademii Rolniczej w Dublanach, historyk literatury, taternik, założyciel i redaktor czasopisma „Wierchy”.

³⁹ Absolwent Uniwersytetu Lwowskiego, stypendysta uniwersytetu monachijskiego, w czasach SNP pracownik namiestnictwa we Lwowie, profesor nadzwyczajny Akademii Rolniczej w Dublanach, a od 1919 r. profesor zwyczajny nauk prawnych Politechniki Lwowskiej, od 1920 r. profesor zwyczajny administracji i polskiego prawa administracyjnego Uniwersytetu Jana Kazimierza, od tego roku tak e kierownik Zakładu Prawa Administracyjnego i Biblioteki Administracyjnej. W latach 1922/23, 1924/25, 1932/33 1933/34 dziekan Wydziału Prawa UJK.

Próchnicki⁴⁰, Józef Buzek⁴¹, Stanisław Głubiński⁴², Tadeusz Korzon⁴³, Jan Emanuel Jordan-Rozwadowski⁴⁴, Witold Jodko-Narkiewicz⁴⁵, Ludwik Kulczycki⁴⁶, Stanisław Grabski⁴⁷, Jan Kanty Steczkowski⁴⁸, Rudolf Zuber⁴⁹, Tadeusz Dwernicki⁵⁰. Ten panteon wypada uzupełnić o człowieka, którego, dzięki produkowanym przez jego firmę wyrobom, znano w całej Galicji - Leopolda Baczewskiego⁵¹, który także wykladał w SNP

⁴⁰ Absolwent Wydziału Prawa Uniwersytetu Franciszkańskiego we Lwowie, prawnik wykształcony w Heidelbergu, w okresie SNP był zatrudniony w Prokuraturii Skarbu we Lwowie, adwokat i później (od 1921 r.) profesor zwyczajny nauk prawnych na Politechnice Lwowskiej, od 1930 r. zastępca profesora Katedry Polskiego Prawa Politycznego na Wydziale Prawa Uniwersytetu UJK.

⁴¹ Prawniki wykształcony w Krakowie i Wiedniu, znakomity statystyk, profesor prawa administracyjnego na Uniwersytecie Lwowskim, dziekan tamtejszego Wydziału Prawa (1916-1917).

⁴² Prawniki, profesor ekonomii politycznej na Uniwersytecie Lwowskim, specjalista w dziedzinie ekonomii społecznej i nauki skarbowości, dziekan Wydziału Prawa (1889-1890) i rektor UL (1908-1909), poseł do Reichsratu i na Sejm Krajowy Galicji, od 1911 r. minister kolei w gabinecie premiera Reinharda Bienerttha.

⁴³ Powstaniec styczniowy, prawniki, specjalista w zakresie procedur karnych, historyk.

⁴⁴ Znałca problematyki rolnej, doktor ekonomii, pracownik Dyrekcji Skarbu w Krakowie i Lwowie, wykształcony na uniwersytetach w Halle i Berlinie, w czasach SNP badacz problematyki bezrobocia rolnego w Galicji, docent prywatnej ekonomii politycznej na Wydziale Prawa i Umiejętności Politycznych Uniwersytetu Lwowskiego (1907-1912).

⁴⁵ Bliski współpracownik Józefa Piłsudskiego, współzałożyciel Polskiej Partii Socjalistycznej, później ambasador w Konstantynopolu, z wykształcenia prawniki i lekarz.

⁴⁶ W owym czasie przywódca grupy socjalistycznej Proletariat, później oddany idei krzewienia nauk politycznych, wykładowca w PSNS-P, w dwudziestolecie międzywojennym wieloletni wykładowca warszawskiej Szkoły Nauk Politycznych.

⁴⁷ Student paryskiej École Libre des Sciences Politiques, habilitowany na UJ, we Lwowie referent spraw rolniczych w Wydziale Krajowym i profesor Akademii Rolniczej w Dublinach.

⁴⁸ Prawniki, absolwent uniwersytetów w Wilnie i Krakowie, w czasach SNP członek lwowskiego Towarzystwa dla Popierania Nauki Polskiej, w Polsce minister skarbu w pierwszym rządzie Wincentego Witosa.

⁴⁹ Kierownik Katedry Geologii i Paleontologii Uniwersytetu Lwowskiego, podróżnik i ekspert od spraw ropy naftowej i odkrywca źródła wód w Krynicy noszącej jego imię.

⁵⁰ Absolwent Wydziału Prawa UJ, ludowiec, współzałożyciel Towarzystwa Szkoły Ludowej.

⁵¹ Chemik, potentat w branży alkoholowej, wykładowca Akademii Rolniczej w Dublinach.

W prasie odnotowano, że 22 marca 1902 r. odbyło się założycielskie zgromadzenie nowego towarzystwa samokształcenia pod nazwą Szkoła Nauk Politycznych. Szkoła ta była studium wieczorowym, organizującym zajęcia w wymiarze dwóch godzin dziennie. Na wykłady mogli uczęszczać wszyscy członkowie towarzystwa. Można było także opłacić cały dwuletni kurs lub nabyć jednorazowo kartę wstępu na wybrany wykład. Siedzibą jej był Lwów, a obszar działalności obejmował Galicję i Wielkie Księstwo Krakowskie⁵². Szkoła mieściła się przy ul. Kopernika 7 na I piętrze i wynajmowała sale wykładowe od Związku Naukowo-Literackiego⁵³ przy ul. 3 Maja 5 oraz przy Teatralnej 23 na II piętrze. W styczniu 1904 r. przeniesiono ją do gmachu Skarbinkowskiego⁵⁴.

Aktem prawnym konstytutywnym dla SNP – określającym jej ramy organizacyjne i zakres działalności – był statut. Był on wzorowany na dokumencie sankcjonującym działalność Uniwersytetu Ludowego im. A. Mickiewicza, co, jak powszechnie uważano, nie sprzyjało rozwojowi finansowemu szkoły⁵⁵. Studiowanie i przynależność do niej, niestanowiła przecie odrębnego podmiotu organizacyjno-prawnego i nieposiadającej wyodrębnionej dyirekcji, były ci le powiązane z członkostwem w tym towarzystwie samokształcenia. Przewidywano trzy rodzaje członkostwa: założycielskie, zwykłe (stałe) i frekwencyjne, które każdemu członkowi dawały prawo do uczestnictwa w kursach szkolnych⁵⁶. Członkowie założyciele oraz stali mieli prawo wybierania władz SNP, udziału w walnym zgromadzeniu i korzystania z biblioteki i pracowni szkolnych⁵⁷. Członkowie frekwencyjni wnosili tylko opłat za kurs zgodnie z taryfą ustaloną przez zarząd szkoły i mogli ewentualnie korzystać z biblioteki, jeżeli zarząd SNP wyraził na to zgodę⁵⁸.

Statut SNP stanowił, że władzami towarzystwa są: zarząd, walne zgromadzenie i komisja sprawdzająca⁵⁹. Zarząd składał się z dwunastu członków, zamieszkałych we Lwowie i mających prawo do udziału

⁵² Arch. UJ, PSNP 3, Inne szkoły: *Statut SNP we Lwowie*, Lwów 1905, § 2.

⁵³ Prezesem tego stowarzyszenia był Jan Gwałbert Pawlikowski, współtwórca SNP i członek jej władz.

⁵⁴ Arch. UJ, PSNP 3, Inne szkoły: *Sprawozdanie towarzystwa Szkoły Nauk Politycznych we Lwowie za rok administracyjny 1904/1905*, Lwów 1906, s. 10.

⁵⁵ „Słowo Polskie” 1903 (8), nr 508, *Szkoły nauk politycznych w Paryżu i Lwowie*.

⁵⁶ Arch. UJ, PSNP 3, *Statut*, § 6.

⁵⁷ *Ibidem*, § 7.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*, § 19.

w Walnym Zgromadzeniu SNP, którzy ze swego grona wybierali na dwuletni kadencję przewodniczącego, dwóch jego zastępców, sekretarza i skarbnika⁶⁰. Uchwały zarządu zapadały bezwzględnie większością głosów⁶¹. Przewodniczący SNP, jego zastępca lub sekretarz reprezentowali stowarzyszenie na zewnątrz i sygnowali wszystkie dokumenty związane z jego działalnością. Zobowiązania finansowe SNP wymagały kontrasygnaty skarbnika⁶². Kompetencje Zarządu SNP były bardzo szerokie i obejmowały zarządzanie całym majątkiem towarzystwa i kierowanie jego działalnością, przyjmowanie i wykluczanie członków SNP, mianowanie dla potrzeb działalności szkolnej, wykładowej i wydawniczej płatnych docentów i urzadników⁶³ oraz zwoływanie walnego zgromadzenia towarzystwa i składanie przed nim sprawozdań, a także wniosków w sprawie zmiany statutu⁶⁴ i rozwoju towarzystwa.

Pierwsze walne zgromadzenie SNP wybrało 22 marca 1902 r. prezydium zarządu stowarzyszenia. Byli to: przewodniczący Władysław Ochenkowski⁶⁵, jego zastępcy Ludwik Przysiecki i Władysław Studnicki-Gizbert oraz sekretarz Władysław Dunin-Wasowicz i skarbnik Jan Leszczyński. Członkami zarządu zostali: Kazimierz Twardowski, Ludwik Kulczycki, Zbigniew Pazdro, Zdzisław Próchnicki i Bolesław Werycha-Darowski⁶⁶. W skład władz zarządu wybranych przez Walne Zgromadzenie 6 grudnia 1903 r. weszli: przewodniczący Ludwik Przysiecki, jego pierwszy zastępca Jan Rozwadowski, drugi Władysław Studnicki-Gizbert, sekretarz Jan Leszczyński i skarbnik Mieczysław Skalkowski oraz członkowie: Kazimierz Twardowski, Józef Buzek, Józef Hłasko, Zbigniew Pazdro i Zdzisław Próchnicki⁶⁷.

⁶⁰ *Ibidem*, § 10.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*, § 13.

⁶³ *Ibidem*, § 15.

⁶⁴ Kluczowa zmiana statutu polegała na likwidacji kategorii członkostwa jednorocznego i zmianie członkostwa wspierającego na zwyczajne, by uniezależnić skład zarządu SNP od mogącego przybrać „losowy” skład walnego zgromadzenia stowarzyszenia, B. Pasierb, *Pierwsza...*, *op. cit.*, s. 289.

⁶⁵ W. Ochenkowski ustąpił z funkcji jeszcze przed rozpoczęciem wykładów SNP, a przewodniczącym Zarządu został Ludwik Przysiecki, „Czas” 1902 (55), nr 158, 162.

⁶⁶ „Słowo Polskie” 1902 (7), nr 141.

⁶⁷ Arch. UJ, PSNP 3, Inne szkoły: *Sprawozdanie Szkoły Nauk Politycznych we Lwowie za rok administracyjny 1903/1904*, Lwów 1905, s. 3.

Decyzj Walnego Zgromadzenia z 2 listopada 1904 r. prezydium zarz du utworzyli: przewodnicz cy Władysław Ochenkowski, jego pierwszy zast pca Jan Gwalbert Pawlikowski, drugi Władysław Studnicki-Gizbert, sekretarz Jan Leszczy ski i skarbnik Jan Rozwadowski oraz członkowie: Stanisław Grabski, Józef Buzek, Józef Hłasko, Zbigniew Pazdro i Zdzisław Próchnicki⁶⁸.

Wybór do tego gremium zale ał od uzyskanej w jego ramach wi kszoci i dokonywali go, z wyj tkiem pierwszego walnego zgromadzenia z 22 marca 1902 r., w zasadzie ci sami ludzie. Pozwalała na to opisana w statucie SNP procedura wyboru zarz du stowarzyszenia, która przewidywała ust pienie w drodze losowania czterech członków zarz du co dwa lata w pierwszym i drugim dwuleciu, a pozostałych zgodnie z kolejno ci wyznaczon długo ci sta u. Ci którzy pozostali w zarz dzie, mogli wybiera nast pców spo ród czterech ust puj cych aktualnie członków zarz du, b d z listy czterech osób wskazanych przez poprzedni zarz d. Wybór był wa ny, je li głosowało czterech członków zarz du⁶⁹.

Z materiałów ukazuj cych procedury kooptacji i wymiany członków zarz du, a w jego ramach prezydium, wyłania si obraz prezydium SNP, w którym, pełni c niekiedy ró ne funkcje, pracowało na rzecz towarzystwa osiem osób, w tym; J. Leszczy ski i W. Studnicki przez wszystkie trzy kadencje zarz du, a W. Ochenkowski, J. Rozwadowski i L. Przysiecki przez dwie. Wszyscy, z wyj tkiem J. Leszczy skiego, byli w szkole wykładowcami⁷⁰. Je li uznamy działalno wykładow za rodzaj wskazówki do oceny zaangażowania w działalno SNP, to wyra nie dominuj ca jest rola W. Studnickiego. Poza nim najaktywniejszymi wykładowcami, ł cz cymi te obowizki z prac w zarz dzie SNP, byli: Z. Próchnicki, J. Buzek, J. Gwalbert Pawlikowski i Z. Pazdro⁷¹. Studnicki wraz Próchnickim i Ochenkowskim tworzyli ponadto, jako członkowie komisji programowej, zało enia naukowe dla SNP⁷².

⁶⁸ Arch. UJ, PSNP 3, *Program Towarzystwa Szkoły Nauk Politycznych we Lwowie*, Lwów 1905, s. 3; „Słowo Polskie” 1905 (10), nr 428.

⁶⁹ Arch. UJ, PSNP 3, *op. cit.*, *Statut*, § 10.

⁷⁰ Aneks, Kadra naukowa lwowskiej Szkoły Nauk Politycznych. Wykaz nazwisk prelegentów SNP wraz z liczb prowadzonych przez nich przedmiotów w wymiarze od 1 do 13 godzin wykładowych w okresie od 22 pa dziernika 1902 r. do marca 1906 r.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² „Słowo Polskie” 1902 (7), nr 147. Do tej komisji nale eli tak e dwaj członkowie prezydium szkoły L. Przysiecki i L. Kulczycki.

Wydaje się, że w ród tego grona należy dopatrywać się czołowych decydentów SNP, najlepiej rozumiejących jej potrzeby - pedagogów i działaczy tworzących rodzaj „kolektywnej dyrekcji”, wyznaczających kurs placówki i budujących nauki o polityce. Podobną ocenę odnajdujemy we wspomnieniach Studnickiego, który uznawał siebie za „koło zamachowe” tej inicjatywy, a rektora Ochenkowskiego za jej „hamulcowego”⁷³.

Analiza kolejnych pełnych, dwunastoosobowych, składów personalnych zarządu SNP z lat 1902-1906⁷⁴ ukazuje jego ewolucję w kierunku zawłaszczania kierownictwa szkoły przez działaczy i sympatyków LN - w pierwszym zarządzie było trzech jej członków⁷⁵, a ten wybrany 2 listopada 1904 r. składał się niemal w całości z członków i sympatyków tej organizacji⁷⁶.

Walne zgromadzenie zwoływano co dwa lata lub w dowolnym terminie na mocy uchwały zarządu, na pisemne danie jego co najmniej połowy, a w sprawach majątkowych na wniosek dwóch członków komisji sprawdzającej⁷⁷. Do kompetencji tego organu należały: debata nad sprawozdaniami zarządu, przyjęcie lub odrzucenie sprawozdania komisji sprawdzającej, wybór tej komisji, nakładanie opłat nadzwyczajnych na członków SNP, podejmowanie uchwał w sprawach zmiany statutu, rozwiązania towarzystwa i przekazania jego majątku oraz wybór pierwszego zarządu SNP⁷⁸.

Trzecim organem SNP była komisja sprawdzająca. W jej skład wchodziły trzy osoby wybrane przez walne zgromadzenie na dwuletni

⁷³ W. Studnicki-Gizbert, *op. cit.*, s. 83.

⁷⁴ Zarząd wybrany przez Walne Zgromadzenie SNP 2 listopada 1904 r. na dwuletni kadencję nie został odwołany i funkcjonował w niezmienionym składzie jeszcze 14 września 1905 r., co opisano w „Słowie Polskim” z tego dnia, Arch. UJ, PSNP 3, *op. cit.*, *Program.*, s. 3; „Słowo Polskie” 1905 (10), nr 428. Można więc z dużym prawdopodobieństwem przyjąć, że skład ten dotrwał do końca kadencji, a więc do końca okresu działalności SNP.

⁷⁵ Byli to: J. Leszczyński Z. Próchnicki i W. Dunin-Wasowicz (członkostwo przyjęli w 1904) oraz Z. Pazdro, znajdujący się w kręgu zainteresowania kierownictwa LN. Opracowanie zostało wykonane na podstawie notatki Zygmunta Wasilewskiego z wyszczególnieniem członków i sympatyków LN w początkach 1904 r.; S. Kozicki, *op. cit.*, s. 190-191, Spis członków Ligi Narodowej 1893-1927, s. 569-588.

⁷⁶ *Ibidem*. Do LN należeli S. Grabski, J. Buzek, J. Gwałbert Pawlikowski, J. Hłasko, J. Rozwadowski, J. Leszczyński, Z. Próchnicki, a Z. Pazdro i H. Sawczyński uznawani byli przez kierownictwo lwowskie LN za jej sympatyków.

⁷⁷ Arch. UJ, PSNP 3, *Statut*, § 16.

⁷⁸ *Ibidem*, § 17.

kadencji, mającej badać księgi rachunkowe, działalność finansową zarządu SNP i składać przed walnym zgromadzeniem raport ze swych działań⁷⁹. W skład tego organu kontrolnego wchodził Tadeusz Moszyński, Wiktor Tołoczko oraz Marcin Wroński wybrani 22 marca 1902 r., a następnie w niezmiennym składzie, od 6 grudnia 1903 r. przez dwie kadencje Ignacy Domagalski, Bolesław Werycha-Darowski i Mieczysław Skalkowski. W kadym składzie swojego przedstawiciela miała LN, której członkami byli Moszyński i Domagalski⁸⁰.

Do spraw spornych między członkami stowarzyszenia powoływano sąd polubowny, którego rozstrzygnięcia miały charakter ostateczny. Każda ze stron postępowania miała prawo do wyboru swojego sędziego, a ci wybierali superarbitra⁸¹. Funkcje sędziów koleżeńskich pełnili Jan Pipes-Poratyński, Władysław Stesłowicz, Helena Szczepanowska oraz zwierzani z Lig Stanisław Głubiński i Jan Rozwadowski⁸².

Towarzystwo mogło by rozwiązane na mocy uchwały walnego zgromadzenia podjętej większością dwóch trzecich głosów, równocześnie miano decydować o przeznaczeniu należnego do SNP majątku. Gdyby to okazało się niemożliwe, majątek miał przejść pod zarządek Zakładu Narodowego im. Ossolińskich⁸³.

Określonym statutowo celem SNP było uprawianie i upowszechnianie nauk społecznych, ze szczególnym uwzględnieniem społeczeństwa polskiego. Miano go realizować przez utrzymywanie bibliotek i pracowni naukowych, działalność wydawniczą, ogłaszanie konkursów i subwencjonowanie prac naukowych, wycieczki naukowe i zjazdy przedstawicieli i miłośników nauk społecznych. Był to więc bardzo szeroki obszar działalności.

Działalność szkolną *sensu stricto* definiowano jako urządzanie kursów, wykładów i pogadanek z dziedziny nauk społecznych i pomocniczych. Zaliczano do nich socjologię, ekonomię społeczną, nauki o państwie, etykę, prawoznawstwo, historię, statystykę, geografii, etnografię i antropologię, nie zamykając jednak tego katalogu dla innych dyscyplin. Była to zatem pierwsza próba zdefiniowania i instytucjonalnego wdrożenia nauki o polityce, choć zgodnie z polskimi tradycjami przyjmowała ona postać lekcyjnych w ramach cykli wykładowych wielu dyscyplin naukowych.

⁷⁹ *Ibidem*, § 18.

⁸⁰ Arch. UJ, PSNP 3, *Sprawozdanie...1903/1904*, s. 3; Arch. UJ, PSNP 3, *Program...*, s. 3; „Słowo Polskie” 1905 (10), nr 428.

⁸¹ Arch. UJ, PSNP 3, *Statut*, § 19.

⁸² Arch. UJ, PSNP 3, *Sprawozdanie.1903/1904*, s. 3.

⁸³ Arch. UJ, PSNP 3, *Statut*, § 20.

Upowszechnianie nauk społecznych w celu lepszego poznania społeczeństwa polskiego uzasadniał Stadnicki, lapidarnie konkludując: „Potrzeba takiego poznania, na której gruntujemy rację bytu nasz jest istotna, gdy wiadomo ci nasze we własnych sprawach społecznych i politycznych, biorąc rzecz w ogóle, redukuj się do nieuctwa”⁸⁴.

Wyznaczonym, dalekosięnym celem miało być zbudowanie Instytutu Narodowego⁸⁵, instytucji zbliżonej do projektowanego później w Krakowie przez Rostworowskiego instytutu statystycznego ziem polskich⁸⁶. Cele te wdrażano w latach 1902-1906 we Lwowie, realizując kursy obejmujące, jak pisano „niejako umiejętność encyklopedii nauk społeczno politycznych”. Ówczesny prezes towarzystwa, Ludwik Przysiecki, określał metod naukow SNP, wskazując, czemu służy miały organizowane zajęcia szkolne. W kursie pierwszym miano sformułować najważniejsze zagadnienia społeczno-polityczne i przedstawić ich pełen przegląd i analizę. Następne kursy miały zwracać się do „materiału rodzimego, do obszaru polskiego zjawisk społeczno-politycznych, usiłując rozjaśnić go przy pomocy praw i pojęć sformułowanych w pierwszym kursie”⁸⁷. Program szkolny za lata 1902/3, 1903/4, obejmujący okres od 22 października 1902 r. do 15 marca 1904 r., Studnicki w liście do Rostworowskiego ocenił jako ten, w którym w najwyższym stopniu realizowane są intencje twórców SNP⁸⁸.

Tabele przedstawione w Aneksie do niniejszego artykułu zawierają zarysowany w sprawozdaniach SNP (zweryfikowany na podstawie informacji prasy lwowskiej z lat 1902-1906)⁸⁹ program kursów szkolnych przeprowadzonych od 22 października 1902 r. do końca marca 1906 r. Załączono tu także program zajęć od kwietnia 1906 r. do maja 1907 r., obejmujący trzeci kurs roku szkolnego 1905/6 oraz pełne trzy kursy roku szkolnego 1906/7⁹⁰. Na podstawie ródła, do których udało się dotrzeć, możliwe było zrekonstruowanie aktywności SNP i potwierdzenie, jakie zajęcia przeprowadzono do końca marca 1906 r.

⁸⁴ Arch. UJ, PSNP 3, *Program*, s. 5-6.

⁸⁵ „Słowo Polskie” 1902 (7), nr 512.

⁸⁶ B. Włodarski, *Szkola*, *op. cit.*, s. 50.

⁸⁷ „Słowo Polskie” 1902 (7), nr 512.

⁸⁸ Arch. UJ, PSNP 3, *Inne szkoły: List Władysława Studnickiego do Michała Rostworowskiego z 1909 roku*.

⁸⁹ Zob. Bibliografia: ródła prasowe dotyczące lwowskiej Szkoły Nauk Politycznych z lat 1902-1906.

⁹⁰ Aneks - Program wykładów lwowskiej Szkoły Nauk Politycznych od 22 X 1902 r. do V 1907 r.

Zestawienie przedmiotów wykładanych od kwietnia 1906 r. do maja 1907 r., niezawierające nazwisk prelegentów, publikowane jest jako konspekt programowy szkoły na kolejny rok. Taka forma prezentacji materiału źródłowego ma na celu stworzenie syntetycznego obrazu szkoły i przedstawienie wniosków z analizy statystycznej, a także udostępnienie wiedzy o pierwszej na ziemiach polskich placówce politologicznej czytelnikom oraz badaczom chcącym prowadzić dalsze prace dotyczące tych zagadnień.

Przyglądając się wskazanemu przez Studnickiego pierwszemu pełnemu cyklowi czterech kursów wykładowych SNP, można stwierdzić, że w pełni odzwierciedlał on zarysowany przez Przysieckiego metod przyswajania wiedzy, czyli poznawanie pojęć ogólnych i metodologii opisujących bytów takie jak państwo i społeczeństwo, a następnie zagadnienia szczegółowych - „praktycznej wiedzy obywatelskiej”. Ten fundament teoretyczny ówczesnej ogólnej wiedzy politologicznej był realizowany podczas I kursu SNP, od 22 października do 20 grudnia 1902 r., a budowano go na gruncie przedmiotów takich jak *Pojęcie i podział nauk społecznych*, *Zasady socjologii*, *Zasady ekonomii politycznej*, *Teoria badań statystycznych* czy *Ogólna nauka o państwie*⁹¹. Trzy kolejne kursy - II od 27 stycznia do 16 marca 1903 r., III od 26 października do 15 grudnia 1903 r. oraz IV od 1 lutego do 15 marca 1904 r. były zróżnicowane i stanowiły odrębne bloki tematyczne. Zajęcia kursu II odnosiły się z precyzją do kwestii gospodarczych i poświęcone były takim zagadnieniom, jak na przykład *Ryzyko w produkcji naftowej*, *Produkcja, rektyfikacja i handel spirytusu*, *Produkcja i handel drzewa w Galicji* czy *Przyczyny powolnego rozwoju produkcji rolnej w Galicji*. Na kursie III realizowano problematykę ustrojową i organizmów państwowych Austrii, Rosji i Prus⁹². Kurs IV był „najbardziej politologiczny” i obejmował problematykę partyjną, międzynarodową, wykładaną również innymi w ramach następujących przedmiotów: *Geneza stronnictw i kierunków w zaborze rosyjskim*, *Historia nowoczesnej kolonizacji europejskiej i rozwój polityki światowej* czy *Kwestia Bliskiego Wschodu w dobie dzisiejszej*. Wiele uwagi poświęcono zagadnieniom związanym z żydami. Wykładano wówczas *Kwestię żydowską*, *Statystykę żydów w Polsce* oraz *Stosunki prawne i ekonomiczne żydów w Polsce poroźbiorowej*⁹³.

⁹¹ Aneks - Program..., Zestawienie wykładów za lata 1902/3 oraz 1903/4 (od 22 X 1902 r. do 15 III 1904 r.).

⁹² Aneks - *ibidem*.

⁹³ Aneks - *ibidem*.

Jednoroczny cykl wykładowy z roku 1904/5 był, wedle określenia Studnickiego, mozaikowy i nie miał zwartej konstrukcji metodologicznej, takiej jak cykle z lat 1902/3, 1903/4. Kurs V - od 5 listopada do 14 grudnia 1904 r. obejmował szeroki wachlarz przedmiotów zawierających wiedzę o wyszym stopniu ogólnieci nie prezentowana w ramach kolejnego kursu VI. Była to problematyka związana z ideami i życiem ekonomicznym społeczeństwa, rozwojem konstytucjonalizmu i historii Kościoła katolickiego. Od 23 stycznia do 29 marca 1905 r. uszczegółowiano niektóre materie, omawiając między innymi ustroje polityczne Japonii i Królestwa Polskiego, a obok przedmiotu z dziedziny doktryn politycznych - *Patriotyzm ze stanowiska filozoficznego* - prezentowano do pragmatyczne *Zarysy skarbowości czy wiedzy o włościach rentowych i biurach po rednictwa pracy*⁹⁴.

Zarząd wybrany przez walne zgromadzenie szkoły 2 listopada 1905 r. zmodyfikował sposób organizacji towarzystwa w ten sposób, że SNP by miała realizować swoje cele na trzech płaszczyznach - przez działalność wykładów, zajęcia w pracowniach⁹⁵ i podejmowanie akcji wydawniczych. Pewnym paradoksem pozostaje fakt, że najbardziej upolityczniony w dziejach SNP zarząd pod przewodnictwem W. Ochenkowskiego (w pięcioosobowym prezydium zasiadało trzech członków LN, a jednego uznawano za sympatyka tego ugrupowania) głosił potrzebę sanacji SNP w imię walki z partyjną agitacją⁹⁶. Chciano również zawziąć grono słuchaczy szkoły do, jak to określano, „osób z klasy o wieconej, posiadających oświatę na podstawie studiów, bądź na podstawie wyrobienia się w życiu, osób z pojęciem, a do zajęć stanowiska człowieka o wieconego potrzebne jest o wiecenie się obywatelskie”⁹⁷.

Zgodnie z tym planem wykłady nie miały dawać gruntownej wiedzy, ale „służyć niejako za podręcznik dla chcących się obznajomić w ogóle z kwestii i istot życia publicznego”⁹⁸. Miały więc być krótkie i pozwalać na zrozumienie podstawowych treści przedmiotu. W praktyce norm

⁹⁴ Aneks - Program..., Zestawienie wykładów za rok administracyjny 1904/5 (5 XI 1904 do 29 III 1905 r.).

⁹⁵ Efektem tych zajęć były prace seminaryjne prowadzone pod kierunkiem W. Ochenkowskiego, J.G. Pawlikowskiego i L. Finkiela, dotyczące między innymi ról i materiałów do kwestii ruskiej w Galicji czy wsi polskiej w XIX w. *wiczenia w wymowie* prowadził J. Tenner.

⁹⁶ Arch. UJ, PSNP 3, *Program*., s. 6.

⁹⁷ *Ibidem*, s. 6.

⁹⁸ *Ibidem*, s. 6-7.

dla pojedynczego cyklu wykładowego było osiem godzin zaj⁹⁹. Zamierzano kła wi kszyc nacisk na „tło narodowe”, uznaj c, e potrzeba wiedzy o ogólnym charakterze jest jednak nieodzowna do zrozumienia biecych wydarze i rzeczywisto ci społeczno-politycznej¹⁰⁰. Dwuletni program obejmował sze kursów podzielonych po trzy na ka dy rok.

Metodologicznie cały projektowany cykl stanowił w znacznej mierze powrót do pierwotnej idei przekazywania najpierw wiedzy ogólnej, a nast pnie omawiania aktualnych wydarze i zjawisk polskiego ycia społeczno-politycznego i gospodarczego. Charakteryzowała ten plan, nieco odmienna ni w kursie z lat 1902/3, 1903/4, stopniowo prezentowanych zagadnie , wynikaj ca z faktu, e cykl był sze cio-, a nie czterostopniowy i nieco dłu szy. I Kurs trwał od 30 pa dziernika do 22 grudnia 1905 r. i obejmował zagadnienia najogólniejsze, prezentowane mi dzy innymi w ramach przedmiotów takich jak *Poj cie i podział nauk społecznych*, *Ogólna nauka o pa stwie*, *Encyklopedia prawa czy Statystyka ludno ciowa ziem polskich*¹⁰¹. W II kursie (od 22 stycznia do marca 1906 r.)¹⁰² przechodzono do zagadnie prawnoustrojowych i mi dzy narodowych, stanowi cych jego o programow . Prezentowano mi dzy innymi *Ogólne zasady administracji ze szczególnym uwzgl dnieniem samorz du*, *Zarys prawa narodów i Ustroje pa stwowe pa stw zaborczych ze szczególnym uwzgl dnieniem stosunków polskich*¹⁰³. III kurs, planowany na kwiecie i maj 1906 r. miał mie charakter bardziej historyczny i obejmowa *Działalno sejmu galicyjskiego w dziedzinie wychowania publicznego*, *Histori ko ciola w Polsce w XIX. w.* oraz *Dzieje porzbirowe*¹⁰⁴. W planie zaj na rok 1906/7 zamieszczono cykl trzech kursów¹⁰⁵ niemal w cao ci po wi conych zagadnieniom ekonomicznym. Program ten równie cechowała pewna stopniowo . W I kursie przewidywano *Wst p do nauk ekonomicznych*, *Zarys nauki gospodarstwa społecznego* oraz *Zadania i organy polityki ekonomicznej*¹⁰⁶, a w II miano zaj si szcze-

⁹⁹ *Ibidem*, s. 12-13; Aneks, Program..., Zestawienie wykładów za rok 1905/6-1906/7 (od 30 X 1905 r. do V 1907 r.).

¹⁰⁰ Arch. UJ, PSNP 3, Program., s. 6-7.

¹⁰¹ Aneks - Program. Zestawienie wykładów za rok 1905/6-1906/7.

¹⁰² II Kurs był zarazem ostatnim, o którym mo emy powiedzie , e został przeprowadzony i wskaza nazwiska wykładwców.

¹⁰³ Aneks, Program., Zestawienie wykładów za rok 1905/6-1906/7.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ *Ibidem*: Kurs I - od X do XII 1906 r.; Kurs II - od I do III 1907 r. oraz kurs III - od IV do V 1907 r.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

głównymi zagadnieniami, czyli galicyjskim górnictwem, stowarzyszeniami i spółkami kredytowymi, stosunkami agrarnymi i przemysłem fabrycznym w Królestwie Polskim. Kurs III, o mniej „technokratycznym charakterze” miał być poświęcony między innymi polityce socjalnej, rozwojowi idei ekonomicznych czy finansom Galicji¹⁰⁷.

We Lwowie nie było jednostki organizacyjnej takiej, jakie działały w późniejszym okresie w krakowskiej szkole Rostworowskiego czy warszawskiej Reymana, czyli działu wydawniczego oraz dokumentującej treść wykładów sekcji skryptowej, co obecnie pozwoliłoby poznać znaczną część materii tam wykładanej. W odniesieniu do SNP dysponujemy szczegółowym zapisem „konspektów wykładowych” z różnych okresów działalności szkoły, a to przede wszystkim dzięki „Słowu Polskiemu”¹⁰⁸, z którego notek wyłania się obraz zajęć prowadzonych fachowo i kompetentnie. Wydaje się, że takie ideolodzy i liderzy dominujący wśród wykładowców Ligi Narodowej (Roman Dmowski, Zygmunt Balicki, Stanisław Głubicki czy Józef Buzek) przykładali dużą wagę do naukowej rzetelności i obiektywizmu. Ilustrują to informacje na temat wykładanych przez nich w szkole przedmiotów. Głubicki, mówiąc o *Finansach Galicji*, prezentował źródła dochodów państwa i wskazywał, jak działalność finansowa organów państwa wpływa na demokratyzację społeczeństwa. Zajmował się także źródłami dochodu samorządów i problematyką ich autonomii oraz statystyk podatków w Galicji na przykładzie sum pobranego podatku dochodowego¹⁰⁹. Balicki, prezentując *Genezę stronnictw i kierunków w zaborze rosyjskim po 1963 r.*, odnosił się do „stanu umysłów po powstaniu styczniowym”, szkicował program pozytywistyczny i ruch pracy organicznej oraz jego wpływ na początki ruchu socjalistycznego. Omawiał także wpływy rosyjskie i niemieckie na programy i frakcje ruchu socjalistycznego oraz socjalizm narodowy, ruch patriotyczny i prądy demokratyczne oraz przedstawiał przegląd współczesnych stronnictw politycznych¹¹⁰. Dmowski w pięciu prelekcjach przedstawiał *Historię nowoczesnej kolonizacji europejskiej i rozwój polityki światowej*. Był to przedmiot powszechnie wykładany w szkołach nauk politycznych pod nazwą historii dyplomatycznej. Znamy konspekt jego czwartego wykładu, podczas którego omawiał okres panowania angielskiego na morzu i wzrost znaczenia Stanów Zjedno-

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ „Słowo Polskie” 1903 (8), nr 505; 1904 (9), nr 51, 52, 54, 55, 57, 66, 75, 112, 114, 122, 527; 1905 (10), nr 41, 42, 51.

¹⁰⁹ „Słowo Polskie” 1903 (8), nr 505.

¹¹⁰ „Słowo Polskie” 1903 (9), nr 52, 54.

czonych w latach 1815-1884 oraz początki współczesnej kolonizacji europejskiej i polityki wiatowej¹¹¹. Buzek, mówiąc o *Statystyce żydów w Polsce*, przedstawiał między innymi procentowy stosunek ludności żydowskiej do polskiej i jego fluktuacje w dobie porzeczowej oraz zajmował się relacją przyrostu naturalnego żydów w odniesieniu do ich awansu społecznego¹¹².

Skład kadry naukowej SNP odtworzono i zaprezentowano w Aneksie do niniejszej pracy na podobnej zasadzie jak program szkoły. Aneks zawiera alfabetyczne zestawienie prelegentów szkoły, którzy prowadzili wykłady w wymiarze od 1¹¹³ do 13 godzin, z uwzględnieniem liczby przedmiotów. Zawarte w Sprawozdaniu Towarzystwa SNP zestawienie wszystkich prelegentów z sześciu pierwszych kursów (od rozpoczęcia I kursu 22 października 1902 do zakończenia kursu VI 29 marca 1905 r.) zawiera nazwiska 44 osób¹¹⁴. Publikowana tu lista wykładowców dotyczy okresu dłuższego - do marca 1906 r. i nie uwzględniono w niej prelegentów prowadzących seminaria i ćwiczenia, jak choćby Ludwik Finkiel czy Józef Tenner. Obecnie udało się odtworzyć list 35 wykładowców¹¹⁵. Sylwetki większości zostały zaprezentowane przy omawianiu współtwórców stowarzyszenia. W tym miejscu podjęta została próba odpowiedzi na pytania o stopień zaangażowania w działalność wykładowców SNP tej kadry nauczającej na podstawie liczby prowadzonych przedmiotów oraz jak silna była reprezentacja LN wśród grona profesorskiego SNP.

Wśród trzydziestu pięciu prelegentów SNP dwudziestu jeden wykladało tylko jeden przedmiot¹¹⁶, dwóch dwa przedmioty¹¹⁷, siedmiu prowadziło tylko wykłady monograficzne¹¹⁸. Nazwiska najaktywniejszych pięciu profesorów szkoły były już przywoływane przy ocenie aktywności zarządu i prezydium SNP. Z zestawienia aktywności wykładowej

¹¹¹ „Słowo Polskie” 1904 (10), nr 112, 114.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ Zostało to w tabeli odnotowane jako wykład jednorazowy, niecykliczny, Aneks, Kadra...

¹¹⁴ Arch. UJ, PSNP 3, *Sprawozdanie za rok 1904/1905*, Sumaryczne zestawienie wykładów i frekwencji w SNP w trzyleciu 1902/3, 1903/4, 1904/5, s. 6.

¹¹⁵ Aneks, Kadra.

¹¹⁶ J.K. Steczkowski oraz J. Popławski dodatkowo przeprowadzili także pojedyncze wykłady.

¹¹⁷ Byli to W. Ochenkowski i ks. A. Sapieha.

¹¹⁸ Jednorazowo prowadzili także T. Aschkenazy, A. Raciborski, R. Zuber, L. Baczewski, M. Małaczyski i W. Stesłowicz, a S. Zembrzuski wygłosił dwie prelekcje.

wynika, że nikt spośród wykładowców szkoły w latach 1902-1905 nie przeprowadził więcej przedmiotów niż W. Studnicki - sześć, Z. Próchnicki pięć oraz po cztery J. Buzek, Z. Pazdro i J.G. Pawlikowski¹¹⁹. W tej grupie Pawlikowski, Próchnicki i Buzek byli członkami LN, Pazdro uchodził za jej sympatyka, a Studnicki był w kręgu zainteresowania tej organizacji¹²⁰. Wśród pozostałych trzydziestu wykładowców dziesięciu należało do LN¹²¹. Byli to jej założyciele Z. Balicki i R. Dmowski, kierujący nią we Lwowie S. Grabski i S. Głubicki oraz J. Jordan Rozwadowski, L. Popławski, E. Romer, T. Rutowski, H. Radziszewski i T. Dwernicki¹²². Sympatyzowali i wspierali Ligę H. Kawczyński, A. Raciborski i J.K. Steczkowski¹²³.

„Słowo Polskie” podawało liczbę 240 członków SNP, wskazując, że wśród słuchaczy stanowiła młodzież akademicka z politechniki i nieco mniej z uniwersytetu¹²⁴. Mankamentem w opisie SNP jako instytucji o wiatowo-dydaktycznej jest dwoistość ról studenta i równocześnie działacza stowarzyszeniowego. Pomocne w ustaleniu liczby stałych uczestników są raporty kasowe. Członkowie zwyczajnie wpłacali stałą opłatę roczną w wysokości 20 koron. Wpłaty stałych członków SNP za rok 1903/4 wynosiły 439 koron, można więc wnioskować, że szkoła miała około 22 stałych studentów. W raporcie nie wykazano wpłat za kursy i 950 koron wpływu od członków założycieli, co w związku z koniecznością opłaty za uzyskanie takiego statusu w stowarzyszeniu oznaczało jednorazowo uiszczanie kwot 200 koron. Mogło to więc dotyczyć tylko czterech, pięciu osób. Wydaje się, że rzeczywista skala cyklicznego uczestnictwa w pracach szkoły można oszacować na mniej więcej 30 „stałych studentów”. W zestawieniu wykładów i frekwencji w SNP za lata 1902/3, 1903/4 i 1904/5 podano średnią frekwencję 43 osób na wykładzie. Liczba słuchaczy na wszystkich zajęciach wyniosła według tego opracowania 9649 osób, w tym 8137 mężczyzn i 1512 kobiet¹²⁵.

Dopełnieniem obrazu szkoły jest niewątpliwie opis działalności finansowej tego stowarzyszenia. Ma to także istotne znaczenie dla

¹¹⁹ Aneks, Kadra...

¹²⁰ *Ibidem*; S. Kozicki, *op. cit.*, s. 190-191, 569-588.

¹²¹ Kilku - jak S. Głubicki i H. Radziszewski przyjęło jej członkostwo po 1906 r.

¹²² S. Kozicki, *op. cit.*, s. 190-191, 569-588.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ „Słowo Polskie” 1902 (7), nr 575.

¹²⁵ Arch. UJ, PSNP 3, *Sprawozdanie... za rok 1904/1905*, Sumaryczne zestawienie wykładów i frekwencji w SNP w trzyleciu 1902/3, 1903/4, 1904/5, s. 6.

odpowiedzi na pytanie, czy SNP była finansowana ze środków Ligi Narodowej i rodowisk wszechpolaków. Analiza raportów kasowych nie ujawnia wpływów partyjnych, a składki członków wspierających, przynajmniej początkowo, nie były znaczne. Wspomniane 20 koron w pierwszym roku 1902/3 wpłaciło tylko dziesięciu takich donatorów¹²⁶, jednak wpływy od członków wspierających wyniosły 750 koron. Gdy doliczyć się do tego 950 koron od członków założycieli, uzyskamy 2139 koron, czyli większość środków budżetowych. Nie wiemy, jakie nazwiska kryją się za wpłatami i czy darczyńcy mogli przeznaczyć na SNP środki z działalności partyjnej, nie dowiemy się, czy i w jakim stopniu LN uczestniczyła w finansowaniu SNP. Odpowiedź na te pytania zawierało prawdopodobnie archiwum szkolne, przechowywane przez profesora J. Buzka w dwóch sporych szafach, o których Studnicki pisał w liście do Rostworowskiego w 1909 r.¹²⁷ LN miała jednak istotny wpływ na SNP. Wyrażał się on wspieraniem szkoły przez należące do Ligi „Słowo Polskie” – poczytny dziennik galicyjski, który publikował na bieżąco informacje na jej temat i uruchodził własną drukarnię dla jej potrzeb¹²⁸.

*

Przyglądając się dziejom nauk politycznych w Polsce od początku XIX w. do II wojny światowej, z pełnym przekonaniem można stwierdzić, że lwowska Szkoła Nauk Politycznych była instytucją prekursorską, mającą charakter formacyjny dla późniejszych tego typu placówek pod zaborami i w dwudziestolecium międzywojennym. Mimo deklarowanej niezależności od struktur uniwersyteckich zachowywała jednak pewną ciągłość personalną i łączność z dziedzictwem uprawianych na Wydziale Prawa i Nauk Politycznych Uniwersytetu Lwowskiego nauk

¹²⁶ „Słowo Polskie” 1903 (8), nr 508, *Szkoły nauk politycznych w Paryżu i Lwowie*. Składki w pierwszym roku obniżyły się do 10 koron; *Słowo Polskie* 1903 (8), nr 147.

¹²⁷ Arch. UJ, PSNP 3, *List*.

¹²⁸ LN za pośrednictwem redaktora „Kuriera Warszawskiego” Zygmunta Wasilewskiego, by wzmocnić pozycję stronnictwa w Galicji, przejęła w 1902 r. lwowskie „Słowo Polskie”. Założycielem tego pisma był Stanisław Szczepanowski, a wdowa po nim, Helena Szczepanowska, należała do lwowskiego grona członków założycieli SNP i osób wspierających LN, „Słowo Polskie” 1902 (7), nr 308. W redakcji „Słowa” pracowali m.in. wykładowca SNP Tadeusz Rutowski i członek zarządu SNP Józef Hłasko. Nadzór polityczny nad tym dziennikiem sprawowali S. Głębicki i S. Grabski; S. Kozicki, *op. cit.*, s. 182-187.

o polityce¹²⁹. Działalność SNP stanowiła także ważny krok w rozwoju politologii we Lwowie, o czym świadczy choćby fakt, że inicjatorem powołania w 1919 r. Studium Dyplomatycznego, przy ówczesnym Wydziale Prawa i Umiejętności Politycznych Uniwersytetu Jana Kazimierza we Lwowie, był zaangażowany w działania SNP jej wykładowca i członek zarządu towarzystwa S. Grabski. Wspierali go ówczesi profesorowie uniwersyteccy, wczesni wykładowcy i członkowie zarządu SNP Z. Pazdro i S. Głubicki¹³⁰.

Bronisław Pasierb uznaje za najwskazywaną słabość SNP niewykształcenie nauki o polityce jako samodzielnej dyscypliny¹³¹. Wydaje się jednak, że w lwowskiej szkole podjęto próbę stworzenia nauki o polityce. Miała ona jak na owe czasy charakter nowatorski i opierała się na „interdyscyplinarnym instrumentarium metodologicznym”, które miało służyć do dalszej analizy bieżących zjawisk politycznych. Kanon tej ogólnej wiedzy, opartej na podstawach empirycznych, tworzyły bazujące także na statystyce socjologia i ekonomia oraz służące zbudowaniu wiadomości prawnej obywateli dyscypliny prawne związane z nauką o państwie, takie jak konstytucjonalizm, prawoznawstwo czy komparatystyka ustrojowa. Twórcy szkoły do precyzyjnie określali zakres nauk politycznych. Pierwsza w granicach historycznych ziem polskich Szkoła Nauk Politycznych definiowała je statutowo - jako nauki społeczne i służące im nauki pomocnicze, pojmując naukę o polityce jako wiele dyscyplin i kładące nacisk na empiryczny charakter tych nauk¹³².

Szkoła miała charakter formacyjny i wyznaczała kierunki dla innych tego typu ośrodków. Zainicjowany we Lwowie pomysł stworzenia instytutu statystycznego ziem polskich podjął M. Rostworowski¹³³ i wdrażał w Krakowie w 1911 r., a ideę z ogromnym rozmachem, powołując

¹²⁹ O działalności naukowej przedstawicieli szkoły: Z. Pazdry, Z. Próchnickiego, S. Grabskiego, S. Głubickiego w ramach szerokiego spektrum nauk prawno-politycznych zob. A. Redzik, *Wydział Prawa Uniwersytetu Lwowskiego w okresie Drugiej Rzeczypospolitej i w czasie II wojny światowej - wybrane zagadnienia*, „Prace Komisji Historii Nauki PAU” 2010, t. 10, s. 111-144.

¹³⁰ A. Redzik, *Lwowska szkoła dyplomatyczna. Zarys historii Studium Dyplomatycznego przy Wydziale Prawa Uniwersytetu Jana Kazimierza we Lwowie (1930-1939)*, „Polski Przegląd Dyplomatyczny” 2006, nr 5 (33), s. 124-126.

¹³¹ B. Pasierb, *Pierwsza*, *op. cit.*, s. 291.

¹³² Arch. UJ, PSNP 3, *Statut*, § 3.

¹³³ Studnicki wskazywał na statystyk jako podstaw działalności tego typu instytucji i wydaje się, że to właśnie on zainspirował Rostworowskiego do przyjęcia tej formuły dla potrzeb PSNP.

kilka instytutów badawczych, w ramach Akademii Nauk Politycznych zrealizował E.J. Reyman¹³⁴.

Szkoła wyznaczała także wzorce organizacyjne dla tego typu placówek. Na jej statucie wzorował się Rostworowski, a formuł otwartych i dostępnych dla wszystkich tych wykładów przyjęła „socjalistyczna” PSNS-P. Z czasem zaczęło to rozumieć we Lwowie, że potrzebna jest jakaś forma organizacji samej szkoły i postulowano wprowadzenie cenzusu warunkującego udział w wykładach, którego jednak precyzyjnie nie sformułowano. Zrozumiał to Rostworowski i w Krakowie w okresie zaborów wprowadził konieczność posiadania świadectwa maturalnego, a w dwudziestolecie międzywojennym podniósł ten próg i wymagał rozpoczęcia studiów na Wydziale Prawa lub Filozoficznym UJ¹³⁵.

Szkoła Nauk Politycznych we Lwowie powstała niemal dziesięć lat wcześniej niż kolejne dwie szkoły tego typu. Nie udało się zdyskontować tego czasu ani potencjału zaangażowanych w to przedsięwzięcie elit intelektualnych. Jedną z przyczyn była wielość celów i wizji tego, czym miało być towarzystwo o nazwie Szkoła Nauk Politycznych. Największym mankamentem było zespolenie organizacyjne szkoły ze stowarzyszeniem, które, jak pokazuje historia szkół nauk politycznych, najlepiej sprawdzało się jako zaplecze organizacyjno-finansowe i prawne dla autonomicznie zarządzanej szkoły. To samodzielnie osiągało przez wyodrębnienie dyrekcji, tak jak to uczyniono w Krakowie i Warszawie. Sukces odniosły w późniejszym okresie właśnie te dwie placówki, ponieważ ich władze zdecydowały się oddać faktyczny zarządek szkoły jednostkom o cechach liderów, gotowym poświęcić się aktywności szkolnej i traktującym to jako życiowy cel i pasję. Takie cechy wykazywał W. Studnicki, najaktywniejszy wykładowca i działacz stowarzyszenia SNP oraz współtwórca jej programu. Wspominał, że w 1909 r. chciał reaktywować szkołę, jednak nie pozwoliły na to silne antagonizmy polityczne z J.G. Pawlikowskim i S. Grabskim¹³⁶. Wydaje się, że

¹³⁴ B. Włodarski, *W stronę modernizmu - z dziejów warszawskiej Szkoły Nauk Politycznych 1915-1939*, „Politeja” 2015, nr 9 (39), s. 404.

¹³⁵ B. Włodarski, *Szkoła...*, *op. cit.*, s. 57, 75.

¹³⁶ W. Studnicki, *op. cit.*, s. 83. O przyczynach przerwania działalności lwowskiej SNP wspomina L. Hajdukiewicz, który widzi ten fakt z przesileniem wewnątrz LN w związku z wydarzeniami rewolucyjnymi 1905 r.; L. Hajdukiewicz., *op. cit.*, s. 128; M. Rostworowski w 1909 r. notował, że środowiska narodowców w osobach m.in. S. Głubińskiego i S. Grabskiego podjęły w tym czasie konkurencyjne wobec jego szkoły działania, by reaktywować lwowską SNP, Arch. UJ, PSNP 1, *Notatki M. Rostworowskiego z lat 1909-1912*. Zgodnie z treścią listu W. Studnickiego do M. Rostworowskiego z 1909 r. lwowska SNP nie prowadziła wówczas działal-

e bie ca polityka LN mogła mie decyduj cy wpływ na przyj ty model organizacyjny szkoły.

Analiza składu osobowego kadry naukowej i władz towarzystwa SNP pokazuje, e były one w wyra ny sposób zdominowane przez działaczy LN. Systematycznie wykruszali si działacze towarzystwa i wykładowcy o innych ni prawicowe pogl dach i sympatiach politycznych. Odeszli ze szkoły Ludwik Kulczycki i Witold Jodko-Narkiewicz, a w ostatnim, najbardziej upolitycznionym zarz dzie SNP, nie było ju Kazimierza Twardowskiego. W czasie swojej kilkuletniej działalności ci szkoła w sensie personalnym stała si „ekspozytur partyjn”, cho wydaje si, e stosowano jednak swego rodzaju *soft power*, któr Stanisław Kozicki charakteryzuje jako szereg inicjatyw kulturalnych, maj cych zach ci elity lwowskie do wsparcia LN¹³⁷. Mo na s dzi, e znaczenie miał tu wzorzec francuski, zakładaj cy niezale no szkoły od czynników politycznych, który działaczom LN był dobrze znany¹³⁸, oraz fakt, e wi kszo przedstawicieli Ligii w szkole była równocześnie uczonymi o akademickiej proveniencji i przedkładała etos oparty na prawdzie naukowej i obiektywizmie ponad cele partykularne czy ideologiczne.

Prekursorem idei stworzenia na ziemiach polskich szkoły nauk politycznych był M. Rostworowski. Twórcy szkoły lwowskiej z lat 1902-1906 znali jego studium o paryskiej Wolnej Szkole Nauk Politycznych, a prezentowany tam model nauk politycznych stanowił dla nich wyra n inspiracj ¹³⁹. Zaszczepiona przez Rostworowskiego idea

no ci. Nie wspominał tak e o planach jej reaktywacji, Arch. UJ, PSNP 3, *List...*

O kierowaniu szkoł przez S. Grabskiego w 1909 r. wspominał tak e Michał Sokolnicki, cho wydaje si, e w jego artykule powielane s informacje o wydarzeniach wspomnianych w notatkach Rostworowskiego, M. Sokolnicki, *Porozbiorowe dzieje Polski w wietle nowych bada*, „Krytyka” 1910, t. 1, s. 104.

¹³⁷ S. Kozicki, *op. cit.*, s. 178-179.

¹³⁸ W 1892 r. S. Grabski udał si do Pary a, aby tam zapisa si do Wolnej Szkoły Nauk Politycznych.

¹³⁹ W „Słowie Polskim” opublikowano obszerny artykuł odnosz cy si do monograficznego szkicu M. Rostworowskiego na temat Wolnej Szkoły Nauk Politycznych w Pary u. Autor artykułu porównywał szkoł lwowsk z francusk École Libre des Sciences Politiques i wyliczał za Rostworowskim naczelne zasady rz dz ce szkoł parysk, pisz c, e „realizm jest podstaw szkoły nauk politycznych wolnej od partyjno ci politycznej, a pretensjonalna na pozór nazwa szkoły (Wolna Szkoła Nauk Politycznych) ma gł bokie znaczenie” i konkludował, e organizacja SNP powinna by zbli ona do uniwersyteckiej. Pochwalał empiryczne podejcie badawcze i nowoczesno, która przejawiała si mi dzy innymi w analizie współczesnych zjawisk politycznych, z uwzgl dnieniem perspektywy czasowej

szkoły nauk politycznych przetrwała we Lwowie przez działalność tego w istocie tego rodzaju szkół o specjalizacji międzynarodowej - Studium Dyplomatycznego. Kierował nim prof. Ludwik Ehrlich. Paradoxem historii pozostaje fakt, że po II wojnie światowej został on w Krakowie dyrektorem stworzonej przez Rostworowskiego szkoły nauk politycznych.

ostatniego stulecia i jednoznacznie stwierdzał, że założyciele lwowskiej SNP swego wzorca powinni szukać nie w szkole paryskiej, „Słowo Polskie” 1903 (8), nr 508, *Szkoły nauk politycznych w Paryżu i Lwowie*; M. Rostworowski, *Wolna Szkoła Nauk Politycznych w Paryżu*, Kraków 1892.

Aneks
Program wykładów lwowskiej Szkoły Nauk Politycznych
od 22 października 1902 r. do maja 1907 r.
opracowanie - Bartosz Włodarski

Rok administracyjny 1902/3

Kurs I (od 22 października do 20 grudnia 1902 r.)

L.p.	Prowadzący	Tytuł wykładu	Liczba godzin
1	L. Kulczycki	Zasady socjologii	11
2	J. Gwałbert Pawlikowski	Teoria badań statystycznych	7
3	Z. Próchnicki	Ogólna nauka o państwie	9
4	L. Przysiecki	Pojęcie i podział nauk społecznych	6
5	W. Studnicki	Zasady ekonomii politycznej	13

Kurs II (od 27 stycznia do 16 marca 1903 r.)

L.p.	Prowadzący	Tytuł wykładu	Liczba godzin
1	E. Romer	Geografia fizyczna ziem polskich	8
2	W. Studnicki	Czynniki i organy polityki ekonomicznej	8
3	J. Buzek	Emigracja zarobkowa i osadnictwo ziem polskich	6
4	Z. Pazdro	Statystyka ludności ziem polskich	8
5	W. Studnicki	Kwestia socjalna i socjalizm ze szczególnym uwzględnieniem stosunków polskich	7

3 wykłady: Kwestia agrarna ze szczególnym uwzględnieniem stosunków polskich			
L.p.	Prowadzący	Tytuł wykładu	Liczba godzin
1	J. Gwałbert Pawlikowski	Rolnictwo w organizmie gospodarstwa społecznego	5
2	J. Rozwadowski	Parcelacja wiejskiej własności ziemskiej	4
3	K. Paygert	Przyczyny powolnego rozwoju produkcji rolnej w Galicji	2

5 wykładów monograficznych po 1 godzinie			
L.p.	Prowadzący	Tytuł wykładu	
1	W. Stesłowicz	Położenie przemysłu w Galicji	
2	J. Kanty Steczkowski	Przemysł naftowy w Galicji	
3	R. Zuber	Ryzyko w produkcji naftowej	
4	L. Baczewski	Produkcja rektyfikacja i handel spirytusu	
5	M. Małaczyński	Produkcja i handel drzewa w Galicji	

Rok administracyjny 1903/4

Kurs III (od 26 pa dziernika do 15 grudnia 1903 r.)

L.p.	Prowadz cy	Tytuł wykładu	Liczba godzin
1	S. Gł bi ski	Finanse Galicji	3
2	Z. Próchnicki	Ustrój pa stwowy Prus i Niemiec	11
3	T. Rutowski	Ustrój konstytucyjny Austrii	5
4	W. Studnicki	Ustrój pa stwowy Rosji	10

Kurs IV (od 1 lutego do 15 marca 1904 r.)

L.p.	Prowadz cy	Tytuł wykładu	Liczba godzin
1	T. Aschkenazy	Kwestia ydowska	1
2	J. Buzek	Statystyka ydów w Polsce	2
3	J. Popławski	Kwestia ydowska	1
4	Z. Pazdro	Stosunki prawne i ekonomiczne ydów w Polsce porozbiorowej	3
5	Z. Balicki	Geneza stronnictw i kierunków w zaborze rosyjskim	3
6	R. Dmowski	Historia nowoczesnej kolonizacji europejskiej i rozwój polityki wiatowej	5
7	W. Jodko-Narkiewicz	Kwestia Bliskiego Wschodu w dobie dzisiejszej	3
8	H. Radziszewski	Rozwój przemysłu w Królestwie Polskim	10
9	J. Kanty Steczkowski	Kredyt w Galicji	-
10	W. Stadnicki	Stosunek Galicji do Austrii	8

Rok administracyjny 1904/5

Kurs V (od 5 listopada do 14 grudnia 1904 r.)

L.p.	Prowadz cy	Tytuł wykładu	Liczba godzin
1	W. Ochenkowski	Idee ekonomiczne w nowszych czasach	6
2	J. Gwalbert Pawlikowski	ycie ekonomiczne społecze stwa	6
3	Ks. A. Sapieha	Historia ko cioła katolickiego w ziemiach polskich w stuleciu XIX	3
4	Z. Próchnicki	Rozwój konstytucjonalizmu w stuleciu XIX	6
5	W. Studnicki	Rozwój stosunków ekonomicznych w stuleciu	7

Kurs VI (od 23 stycznia do 29 marca 1905 r.)

L.p.	Prowadz cy	Tytuł wykładu	Liczba godzin
1	W. Ochenkowski	Zarysy skarbowo ci	8
2	J. Gwalbert Pawlikowski	Teoria bada statystycznych	3
3	A. Raciborski	Patriotyzm ze stanowiska filozoficznego	1
4	Ks. A. Sapieha	Historia Ko cioła katolickiego w ziemiach polskich w stuleciu XIX	4
5	J. Buzek	Zasady nauki administracji	4
6	H. Sawczy ski	O wło ciach rentowych	6
7	Z. Pazdro	O biurach po rednictwa pracy	3
8	S. Zembrzusi	Ustrój polityczny Japonii	1
9	S. Zembrzusi	Ustrój polityczny Królestwa Polskiego od 1815 r.	1

Rok administracyjny 1905/6

KURS I (od 30 października do 22 grudnia 1905 r.)

L.p.	Prowadzący	Tytuł wykładu	Liczba godzin
1	S. Grabski	Pojęcie i podział nauk społecznych	8
2	I. Łyskowski	Encyklopedia prawa	8
3	Z. Próchnicki	Ogólna nauka o państwie	8
4	J. Buzek	Narodowość i prawo narodowościowe w państwie nowożytnym	8
5	A. Winiarz	Ustrój polityczny i społeczny Rzeczypospolitej Polskiej	8
6	S. Majerski	Geografia ziem polskich	8
7	Z. Pazdro	Statystyka ludności ziem polskich	8

Kurs II (od 22 stycznia do marca 1906 r.)

L.p.	Prowadzący	Tytuł wykładu	Liczba godzin
1	L. Popławski	Narodowość i szczepność na ziemiach polskich	8
2	W. Abraham	Państwo a Kościół	4
3	G. Roszkowski	Zarys prawa narodów	8
4	T. Dwernicki	Ustrój państwowy Austrii ze szczególnym uwzględnieniem Galicji	8
5	Z. Próchnicki	Ustrój państwowy Prus i Niemiec ze szczególnym uwzględnieniem stosunków polskich	8
6		Ogólne zasady administracji ze szczególnym uwzględnieniem samorządu	16
7		Współczesna polityka międzynarodowa ze szczególnym uwzględnieniem sprawy polskiej Ustrój państwowy Rosji ze szczególnym uwzględnieniem stosunków polskich	8
8		Dzieje porzeczne	8
9		Polacy na obczyźnie	4
10		Ideale polityczne romantyzmu w Polsce	8

KURS III (od kwietnia do maja 1906 r.)

L.p.	Tytuł wykładu	Liczba godzin
1	Działalność sejmu galicyjskiego w dziedzinie wychowania publicznego	8
2	Historia Kościoła w Polsce w XIX. wieku	8
3	Dzieje porzeczne	8

Rok administracyjny 1906/7

KURS I (od października do grudnia 1906 r.)

L.p.	Tytuł wykładu	Liczba godzin
1	Wstęp do nauk ekonomicznych	1
2	Zarys nauki gospodarstwa społecznego	15
3	Ustrój przedsiębiorstwa rolniczego	4
4	Ustrój przedsiębiorstwa przemysłowego	4
5	Ustrój przedsiębiorstwa handlowego	4
6	Zadania i organy polityki ekonomicznej	4
7	Zarys nauki skarbowości z uwzględnieniem Austrii	8
8	Etyka	8
9	Dzieje porzeczne	8
10	Uwłaszczenie włościan w trzech zaborach	8
11	Polska emigracja i kolonizacja	8
12	Historia ekonomiczna Galicji po rozbiórce	8

Kurs II (od stycznia do marca 1907 r.)

L.p.	Tytuł wykładu	Liczba godzin
1	Polityka ekonomiczna: a) Rolnictwo b) Przemysł c) Handel d) Ubezpieczenia e) Koleje i elazne	16 8 8 8 4
2	Stowarzyszenia i spółki kredytowe w Galicji	4
3	Dzieje porozbiorowe	8
4	Stosunki agrarne w Królestwie Polskiem	4
5	Przemysł fabryczny w Królestwie Polskiem	4
6	Asocjacja rolnicza w Polsce	4
7	Górnictwo w Galicji	4
8	Kraje polskie w skarbowo ci Rosji i Prus	4

Kurs III (od kwietnia do maja 1907 r.)

L.p.	Tytuł wykładu	Liczba godzin
1	Rozwój idei ekonomicznych	8
2	Polityka socjalna	8
3	Finanse Galicji	4
4	Walka o ziemi w zaborze pruskim	4
5	Dzieje porozbiorowe	8

Kadra naukowa lwowskiej Szkoły Nauk Politycznych

Wykaz nazwisk prelegentów SNP wraz z liczbą prowadzonych przez nich przedmiotów w wymiarze od 1 do 13 godzin wykładowych w okresie od 22 października 1902 r. do marca 1906 r. Opracowanie autora na podstawie Sprawozdania towarzystwa SNP i wzmianek prasowych w „Słowie Polskim”. Jednorazowe wykłady monograficzne zostały wyróżnione.

L.p.	Indeks alfabetyczny	Liczba prowadzonych przedmiotów
1.	Abraham Władysław	1
2.	Aschkenazy Tobiasz	1 wykład
3.	Baczewski Leopold	1 wykład
4.	Balicki Zygmunt	1
5.	Buzek Józef	4
6.	Dmowski Roman	1
7.	Dwernicki Tadeusz	1
8.	Głubiński Stanisław	1
9.	Grabski Stanisław	1
10.	Jodko-Narkiewicz Witold	1
11.	Kulczycki Ludwik	1
12.	Łyskowski Ignacy	1
13.	Majerski Stanisław	1
14.	Małaczyński Marian	1 wykład
15.	Ochenkowski Władysław	2
16.	Pawlikowski Gwalbert Jan	4
17.	Paygert Kornel	1
18.	Pazdro Zbigniew	4
19.	Popławski Jan	1, 1 wykład
20.	Próchnicki Zdzisław	5
21.	Przysiecki Ludwik	1
22.	Raciborski Aleksander	1 wykład
23.	Radziszewski Henryk	1
24.	Romer Eugeniusz	1
25.	Roszkowski Gustaw	1
26.	Rozwadowski Jordan Jan	1
27.	Rutowski Tadeusz	1
28.	Sapieha Adam Ks.	2
29.	Sawczyński Henryk	1
30.	Steczowski Jan Kanty	1, 1 wykład
31.	Stesłowicz Władysław	1 wykład
32.	Studnicki-Gizbert Władysław	6
33.	Winiarz Alojzy	1
34.	Zembrzusi Stefan	2 wykłady
35.	Zuber Rudolf	1 wykład

Mariusz Załucki

O niektórych możliwościach zastosowania osignięć biometrii w ustawodawstwie prawnosпадkowym

Dla wielu rozróżnienie na wypadek śmierci kojarzy się z tradycyjnym wymogiem własnoręczności, co odzwierciedla m.in. obecna ustawowa regulacja wielu państw współczesnych, która jako podstawowe formy testamentu przewiduje testament holograficzny. Ta forma dyspozycji *mortis causa* nadal występuje m.in. we Francji (art. 970 francuskiego k.c.), Niemczech (§ 2231 niemieckiego k.c.), Austrii (§ 578 austriackiego k.c.), Szwajcarii (art. 505 szwajcarskiego k.c.), Włoszech (art. 602 włoskiego k.c.), Hiszpanii (art. 688 hiszpańskiego k.c.), wielu ustawodawstwach stanowych Stanów Zjednoczonych Ameryki (§ 2-502 *Uniform Probate Code*), państwach Europy Środkowo-Wschodniej (art. 1041 rumuńskiego k.c., § 1533 czeskiego k.c. czy § 7:15 i nast. w gierskiego k.c.), czy w Polsce (art. 949 k.c.).

Elementem charakteryzującym te formy testamentu jest zazwyczaj pismo rękoczne spadkodawcy oraz jego podpis¹. Na ogół spadkodawca może sporządzić taki testament w dowolnym języku, przy czym większego znaczenia nie ma narzucenie, którego używa spadkodawca, jak

¹ Zob. K.G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann, *Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective*, [w:] *Testamentary Formalities. Comparative Succession Law*, t. 1, eds *idem*, Oxford 2011, s. 443 i nast.

1 no nik, na którym rozrz dzenie jest utrwalane². Elementem charakterystycznym tej formy testamentu nadal pozostaje wymóg sporz dzenia go przez spadkodawc pisemnie oraz opatrzenie sporz dzonego rozrz dzenia podpisem, co ma na celu zapewnienie wiarygodnych ródeł intencji spadkodawcy. W stosunku do staro ytnych pierwowzorów tej figury prawnej zmiany s stosunkowo niewielkie. Mimo w zasadzie braku mo liwo ci odtworzenia momentu testowania, ustalenia czy spadkodawca miał *animus testandi*, którego obraz odzwierciedla sporz dzony dokument, tak jak i rozstrzygni cia wielu w tpliwo ci, jakie na tle autentyczno ci konkretnego rozrz dzenia mog si pojawi , ustawodawcy z bli ej niewyja nionych przyczyn decyduj si na pozostawienie tej formy testamentu w poszczególnych regulacjach prawnosпадkowych. To rodzi musi w tpliwo ci, zwłaszcza e problematyka ustalenia, czy dany testament holograficzny został sporz dzony przez konkretn osob nadal opiera si na tych samych zasadach co kilkadziesi t lat temu. W razie sporu co do autorstwa danego rozrz dzenia przeprowadza si bowiem ekspertyz pismoznawcz³, której głównym zadaniem jest identyfikacja osoby spadkodawcy na podstawie pisma r cznego, co polega przede wszystkim na przeprowadzeniu kryminalistycznych bada porównawczych z innym dokumentem nakre lonym przez testatora⁴. Mimo w tpliwej jednoznaczno ci takiej analizy geometrii charakteru pisma jako jednej z cech biometrycznych człowieka⁵ i marginalizacji dokumentów sporz dzanych r cznie w ogólnym obrocie dokumentowym, w poszczególnych pa stwach wbrew daleko posuni temu rozwojowi technologicznemu rzadko si ga si po nowoczesne rozwi zania dla wyra enia woli *mortis causa* i w konsekwencji zwi zane z nimi bardziej wiarygodne metody identyfikacji testatora. Tymczasem wydaje si , e ju dzisiaj mo na wskaza wiele bardziej dogodnych dla testatora instrumentów

² W prawie polskim zob. np. E. Skowro ska-Bocian, *Testament w prawie polskim*, Warszawa 2004, s. 13 i nast.; S. Wójcik, F. Zoll [w:] *System prawa prywatnego*, t. 10, *Prawo spadkowe*, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2015, s. 325 i nast.

³ Por. K. Li y ska, *Badanie autentyczno ci testamentu holografi cznego*, Wrocław 2008, s. 69 i nast.

⁴ Na przestrzeni lat technika bada pismoznawczych oczywi cie podlegała pewnym przeobra eniom, ci gle jednak wyniki takich bada nie prowadz do niepodwa alnych wyników, co jest zwi zane m.in. z charakterem takich analiz i ci głymi poszukiwaniami nauki dotycz cymi znaczenia opisu cech osobowo ci i temperamentu człowieka na podstawie jego pisma; zob. S. Skubisz- lusarczyk, *Przegl d metod badawczych wykorzystywanych w badaniach pisma r cznego w Polsce*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2015, t. 36, s. 155-174.

⁵ Zob. np. Z. Górski, *Psychometryczne wła ciwo ci analizy pisma r cznego - przegl d bada* , „Studia Psychologica” 2007, nr 7, s. 299-316.

słu cych rozrzdzeniom na wypadek mierci, które mogłyby pozwoli m.in. unikn spekulacji co do ustalenia autorstwa danego testamentu, jak ma to miejsce w wypadku testamentu holograficznego. St d przedmiotem niniejszej wypowiedzi b dzie próba nakre lenia takich rozwi - za w kontek cie mo liwo ci ustalania to samo ci spadkodawcy-autora testamentu z wykorzystaniem osi gni biometrii jako ró dła wiedzy pozwalaj cego na rozpoznawanie ludzi na podstawie ich cech.

Nie ulega w tpliwo ci, e obszar prawa spadkowego lubi stabilno . Zmiany tej dziedziny prawa nie powinny mie miejsca zbyt cz sto, tak jak i niekoniecznie powinny reagowa na aktualn mod . Tendencje zmian ustawodawstwa prawnospadkowego zaobserwowane na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat jedynie w niewielu krajach zdaj si łama tradycyjne przekonania i wychodzi naprzeciw wyzwaniom współczesno ci⁶. Praktyka sporz dzania testamentów w wielu pa stwach zna jednak przypadki, gdy spadkodawcy si gali do instrumentów nieznanym przepisom ustawy⁷, przez co organy stosuj ce prawo i rozstrzygaj ce dan spraw spadkow musiały odpowiedzie niejednokrotnie na pytanie, co w prawie spadkowym jest wa niejsze: odzwierciedlenie ostatniej woli spadkodawcy czy wymogi formalne stawiane rozrzdzeniom testamentowym⁸. W wi kszoci regulacji normatywnych spotykanych na wiecie testament ujmowany jest bowiem jako taka konstrukcja prawna, która musi zosta sporz dzona zgodnie z wymogami

⁶ Zob. J.H. Langbein, *Substantial Compliance with the Wills Act*, „Harvard Law Review” 1975, Vol. 88, No. 3, s. 489 i nast.; J.C. Sonnekus, *Videotestamente naas skriftelike testament*, „Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg” 1990, Nr 1, s. 114 i nast.; R.F. Croucher, *Statutory Wills and Testamentary Freedom - Imagining the Testator's Intention in Anglo-Australia Law*, „Oxford University Commonwealth Law Journal” 2007, Vol. 7, Iss. 2, s. 241 i nast.; S. Snail, N. Hall, *Electronic Wills in South Africa*, „Digital Evidence and Electronic Signature Law Review” 2010, Vol. 7, s. 67; S. Mason, N. Bohm, *Response to the Law Commission Consultation on Making a Will*, 14.08.2017, dost pne na: www.ials.sas.ac.uk [stan na: 27.11.2017].

⁷ Zob. np. wyrok Supreme Court of Wyoming z dnia 12 stycznia 1983 r. w sprawie *Estate of Robert G. Reed*, dost pne na: www.law.justa.com [stan na: 27.11.2017] - nagranie testamentu na kasecie magnetofonowej; wyrok Quebec Supreme Court z dnia 3 grudnia 1996 r. w sprawie *Rioux v. Coulombe*, [1998] 19 Estates and Trust Reports (2d) 201 - testament na dyskietce; wyrok Ohio Court of Common Pleas z dnia 19 czerwca 2013 r. w sprawie *Estate of Javier Castro*, „Quinnipac Probate Law Journal” 2014, No. 4, s. 412 - testament na tablecie.

⁸ Por. D. Kennedy, *From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's „Consideration and Form”*, „Columbia Law Review” 2000, Vol. 100, No. 1, s. 94 i nast.; M. Glover, *In Defense of the Harmless Error Rule's Clear and Convincing Evidence Standard. A Response to Professor Baron*, „Washington and Lee Law Review” 2016, Vol. 73, Iss. 1, s. 289 i nast.

stawianymi przez konkretny ustaw. Niezależnie od czynienia ustawowym wymogom może czynić i na ogół czyni testament nieważnym. By jednak w ogóle można było mówić o powyższym konflikcie dwóch, wydawałoby się sprzecznych, warto ci, konieczne jest ustalenie, że w danej sprawie mamy do czynienia rzeczywiście z testamentem oraz że pochodzi on od osoby spadkodawcy. Różne mechanizmy ustawowe powstałe na przestrzeni lat miały sprzyjać m.in. tego rodzaju ustaleniom po śmierci spadkodawcy. Trzeba bowiem mieć tutaj na uwadze, że testament jest jednym z niewielu czynności prawnych, której skutki prawne następują po śmierci jego autora. Między innymi dlatego poszczególni ustawodawcy na przestrzeni lat poszukiwali rozmaitych rozwiązań, które mogłyby temu sprzyjać. Stąd powstał rejestr testamentów, stąd obecnie wiadców przy sporządzaniu o wiadczenia ostatniej woli czy też właśnie dlatego z tej przyczyny niektóre formy testamentu wykorzystują obecnie osoby urzędowych. W czasach nowoczesnych nie wydaje się to jednak wystarczające, a czasami jest wręcz niepo dane⁹. Technologicznie bowiem umożliwiają różne sposoby identyfikacji danej osoby, tak jak i możliwość odzwierciedlenia ostatniej woli, choć niekoniecznie chce o tym pamiętać ustawodawca prawnospadkowy.

Na czele rozwiązań, które można by w tej mierze wykorzystać, znajdują się oczywiście osiągnięcia biometrii, przy czym niekoniecznie chodzi tutaj o właściwości behawioralne jak sposób pisanie (choć te także można wykorzystać), ale raczej o określone właściwości fizjologicznych. Niewątpliwie bowiem cechy biometryczne pozwalają scharakteryzować dane wytworzenie i odróżnić je od innych przedstawicieli danego gatunku, co z oczywistych względów dotyczy także ludzi. Wykorzystanie biometrii, przy odpowiednio zaprojektowanych instrumentach ustawowych, mogłoby więc – jak można sądzić – nieco odwieść prawo spadkowe i spowodować, że niektóre jego zamierzone problemy, jak choćby ten z identyfikacją autora testamentu, zostałyby rozwiązane. Dla wielu biometria kojarzy się jednak z zaawansowanymi technikami, niekoniecznie dostępnymi codziennie. Tutaj jednak od pewnego czasu zaobserwować można posługiwanie się przez społeczeństwo różnego rodzaju urządzeniami opartymi na dokonaniach nowoczesnych technologii, jak tablety, komputery czy smartfony, których dostępność jest powszechna. Jako że, co wiemy, z nich oparta jest na technologii cyfrowej, na pierwszy rzut oka brak jest widocznych przeszkód dla wykorzystania ich w takim celu. Umożliwiają one skorzystanie z osiągnięć

⁹ Obecnie osoby trzecie mogą nie ograniczać swobod testatora, jego samopoczucie w trakcie dokonywania rozstrzygnięcia czy po danym prywatnie akcie testowania.

biometrii. Urządzenia te mogłyby zatem posłużyć rejestracji ostatniej woli spadkodawcy, a w ślad za tym umożliwić w przyszłości jego identyfikację, tak zresztą jak i okazać się pomocnymi przy rozwiązaniu jeszcze wielu innych kwestii rodzących się w praktyce sporządzania i odtwarzania testamentów.

Jak można się domyślić, zasadniczo wszystkie cechy biometryczne człowieka mogłyby w takich celach być wykorzystywane, choć jak wskazałem, chodzi tutaj raczej o określone właściwości fizjologiczne, a nie behawioralne. Wszystko zależałoby zresztą od konkretnego ujęcia ustawowego przepisów o formie testamentu, jak też od sposobu wykorzystania możliwości stwarzanych przez biometrię. O ile np. w wypadku tradycyjnego testamentu holograficznego trudno wyobrazić sobie identyfikację testatora jedynie na podstawie linii papilarnych (przypadkowe dotknięcie kartki mogłoby już sugerować określone, niekoniecznie prawidłowe wnioski)¹⁰, to już uzupełniając co w stosunku do metody analizy pismoznawczej taki mechanizm identyfikacji pochodzenia o wiadomości ostatniej woli można by stosować. Jeżeli zaistniałaby możliwość sporządzenia testamentu w postaci cyfrowej, wykorzystanie linii papilarnych mogłoby np. chronić dostęp do konkretnego pliku i tym samym być gwarancją, że testament pochodzi od danej osoby i że nikt poza testatorem nie miał do niego dostępu. Taka swoista autoryzacja testatora mogłaby być zresztą przeprowadzana na wiele różnych sposobów. Metody biometryczne wykorzystują niepowtarzalno wybranych charakterystyk fizycznych człowieka oraz unikalność jego zachowań, stąd dla osiągnięcia jednego z celów prawa spadkowego, tj. ustalenia niewtpliwego pochodzenia testamentu od spadkodawcy, mogłyby okazać się niezwykle pomocne.

Jako niezmiernie interesująca w tym obszarze jawi się np. możliwość wykorzystania danych biometrycznych związanych z okiem człowieka. Tutaj chodzi przede wszystkim o analizę tęczówki oka, bardzo precyzyjny sposób identyfikacji. Przypomnieć trzeba, że tęczówka to kolorowy pierścień tkanki otaczający źrenicę, zabezpieczony przez spojówkę, który dla każdego człowieka, a co więcej, dla każdego oka, jest unikatowy. Pozwala to nawet na odróżnienie bliźniaków jednojajowych, gdy mają podobnie brzmiący głos, kształt dłoni, odcisk skóry czy twarz¹¹. Syste-

¹⁰ Kryminalistyczne badanie testamentów jest oczywiście bardziej złożone; zob. np. Cz. Grzeszyk, M. Szklanko, *Kryminalistyczne badania testamentów*, Warszawa 1997, s. 21 i nast.

¹¹ D. Gutowska, L. Stolc, *Techniki identyfikacji osób z wykorzystaniem indywidualnych cech biometrycznych*, „Zeszyty Naukowe Wydziału Elektrotechniki i Automatyki Politechniki Gdańskiej” 2004, nr 20, s. 71.

my biometryczne dokonującej identyfikacji na podstawie tęczówki oka porównują badaną tęczówkę z zapamiętanym wcześniej wzorcem. Zdjęcie tęczówki wykonywane jest w wysokiej rozdzielczości i na jego podstawie określone są cechy charakterystyczne kątów tęczówki. Co za ważne, okulary i soczewki kontaktowe, a także przypadkowe mrugnięcia czy ruchy głowy nie przeszkadzają podczas przeprowadzania identyfikacji¹². Forma testamentu wykorzystująca tęczówkę oka dla identyfikacji spadkodawcy mogłaby okazać się w tej mierze bardzo użyteczna. Mogłaby ona mieć co najmniej dwie postaci. Po pierwsze, podobnie jak w wypadku linii papilarnych mogłaby służyć swoistej autoryzacji testatora w ramach dostępu do oświadczenia woli spadkodawcy utrwalonego cyfrowo. Po drugie zaś, co wydaje się jeszcze bardziej kuszące, byłby elementem tego oświadczenia, gdzie postać spadkodawcy byłaby widoczna na jakimś etapie składania oświadczenia woli, co następnie zostałoby odtworzone po jego śmierci. W tym ostatnim zakresie, gdyby ustawodawca prawnośpadkowy zdecydował się na wprowadzenie możliwości sporządzenia testamentu z wykorzystaniem formatu video, pewne znaczenie mogłaby odegrać także identyfikacja spadkodawcy na podstawie siatkówki oka (unikatowy kształt naczyń krwionośnych) bądź jego twarzy (unikatowe cechy charakterystyczne twarzy) czy nawet struktury geometrycznej ludzkiej dłoni (unikatowe cechy charakterystyczne dłoni). Zasady działania takich systemów są stosunkowo nieskomplikowane. Następnie bowiem porównanie aktualnie analizowanego wzorca ze wzorcem utworzonym wcześniej, przechowywanym w bazie danych¹³.

Takie występujące w badaniach biometrycznych weryfikacja głosu mogłaby tutaj okazać się przydatna. Metoda ta polegająca na nagraniu przez sprawdzaną osobę próbki jej głosu, wyszczególnieniu w niej cech charakterystycznych oraz porównaniu ich z wcześniej wprowadzonym wzorcem¹⁴ mogłaby z powodzeniem służyć identyfikacji testatora. Analiza głosu jako cechy behawioralnej człowieka to technologia, która po-

¹² Zob. R.M. Bodade, S.N. Talbar, *Iris Analysis for Biometric Recognition Systems*, New Delhi-Heidelberg-New York-Dordrecht-London 2014, s. 1 i nast.

¹³ Zob. np. T. Takehara, *Dimensional Structure of Emotional Facial Expression Recognition and Complex System*, [w:] *Face Recognition: New Research*, ed. K.B. Leeland, New York 2008, s. 1 i nast.; R. Das, *Biometric Technology. Authentication, Biocryptography, and Cloud-Based Architecture*, Boca Raton (FL) 2015, s. 67 i nast.

¹⁴ A. Glasser, *Designing Better Speaker Verification Systems. The Gap between Creators and Implementers of Investigatory Voice Biometric Technologies*, [w:] *Forensic Speaker Recognition: Law Enforcement and Counter-Terrorism*, eds A. Neustein, H.A. Patil, New York-Dordrecht-Heidelberg-London 2012, s. 511 i nast.

zwala na interpretacje mowy ludzkiej nawet w warunkach domowych. Głos testatora utrwalony za pomoc dowolnego urz dzenia wykorzystuj cego format audio zdaje si tak e jednym ze sposobów słu cych ustaleniu czy o wiadczenie woli pochodzi od testatora¹⁵. Forma testamentu oparta na takiej weryfikacji spadkodawcy polega musiałaby na ustnym zło eniu o wiadczenia woli, który to proces zostałby zarejestrowany urz dzeniem na to pozwalaj cym.

Powy sze metody identyfikacji osoby spadkodawcy mogłyby uzupełni palet obecnych mechanizmów stosowanych w ustawodawstwie prawnosпадkowym, tak zreszt jak i inne oparte na biometrii. Okre lone rozwi zanie ustawowe winno by za efektem przemylanej koncepcji ustawodawcy, który powinien m.in. zdecydowa , jakie elementy biometrii winny nale e do przepisów o formie testamentu, a jakie mogłyby sta si przedmiotem analizy w post powaniu dowodowym danej sprawy spadkowej. Przy czym ju dzisiaj, nawet na tle prawa polskiego, wykorzystanie niektórych osi gni biometrii wydaje si dopuszczalne, zwłaszcza na płaszczy nie post powania dowodowego w sprawach spadkowych¹⁶. Dowody w postaci cho by nagrania audio-video czynności testowania mogłyby posłu y jako podstawy dla wykazania woli testowania czy samego faktu sporz dzenia testamentu. Prawo spadkowe mo e jednak si ga w ten obszar jeszcze dalej.

Ju dzi wyobrazil mo na sobie przeobra enia przepisów o formie testamentu pod aj ce w kierunku cyfrowym, wykorzystuj ce wi c m.in. tak e dokonania biometrii. Jako niezmiernie kuszc a jawi si tak e koncepcja wykorzystania dobrodziejstw komunikacji elektronicznej dla rozrzdze maj tkiem *mortis causa*, co mogłoby da podstawy cho by dla takich konstrukcji normatywnych jak testament elektroniczny (sporzdany w wyniku pracy na urz dzeniu umo liwiaj cym utrwalenie w cyfrowej postaci o wiadczenia ostatniej woli), videotestament (b d cy no nikiem takiego o wiadczenia z wykorzystaniem formatu audio-video) czy testament wirtualny (stanowi cy o wiadczenie ostatniej woli sporz dzane w wiecie wirtualnym). Takie rozwi zania nie s zreszt czym abstrakcyjnym. Na wiecie, cho nie jest to jeszcze powszechny trend, pojawiaj si pojedyncze regulacje prawne si gaj ce

¹⁵ Por. J. Rzeszotarski, *Kompedium bada fonoskopijnych*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 7-8, s. 181 i nast.

¹⁶ Przykładowo zauwa y nale y, e przepis art. 308 k.p.c. dopuszcza m.in. dowody zawieraj ce obraz i d wi k; zob. K. Flaga-Gieruszy ska, *Komentarz do art. 308 k.p.c.*, [w:] *Informatyzacja post powania cywilnego. Komentarz*, red. J. Gołaczyski, D. Szostek, Warszawa 2016, nb. 1-11.

w prawie spadkowym po nowe technologie dla odzwierciedlenia ostatniej woli spadkodawcy¹⁷.

Jako wzór tego typu regulacji posłużyć może chociażby ustawodawstwo amerykańskiego stanu Nevada, funkcjonujące w praktyce już ponad piętnaście lat. Tamtejsze zmiany legislacyjne poprzedzone były szeroką dyskusją dotyczącą przydatności nowoczesnych narzędzi w obszarze testowania. Podkreślano m.in., iż w prawie spadkowym konieczny jest mechanizm pozwalający na sporządzenie testamentu w postaci elektronicznej, który odzwierciedli zmiany zachodzące na wiecie, gdzie wkrótce zdecydowana wikszość czynności odbywać się będzie elektronicznie. Wskazywano, iż stworzenie możliwości, by jednostka w modny sposób dysponowała swoim majątkiem, ma pozwolić choćby na wiksze bezpieczeństwo, co ma m.in. przeciwdziałać zmianom rozrządzone na wypadek śmierci pod wpływem różnego rodzaju impulsów kierowanych w stronę spadkodawcy przez osoby trzecie. Zmiany legislacyjne miały w związku z tym otworzyć nowy rozdział w historii dziedziczenia¹⁸. Stan prawny dotychczasowy, wymagający m.in. obecności wiadków przy sporządzeniu testamentu, oceniano za jako archaiczny¹⁹. Mając to na uwadze 6 czerwca 2001 r. uchwalono ustawę zmieniającą rozdziały 132 i 133 ustawy *Nevada Revised Statutes*, dodając do tego aktu regulację testamentu elektronicznego. Według aktualnie obowiązującego

¹⁷ Zob. np. S. Grundmann, *Favor Testamenti. Zu Formfreiheit und Formzwang bei privatschriftlichen Testamenten*, „Archiv für die civilistische Praxis“ 1987, Bd. 187, Nr. 4/5, s. 429-476; B. Görgens, *Überlegungen zur Weiterentwicklung des § 2247 BGB*, „Juristische Rundschau“ 1979, Nr. 9, s. 357 i nast.; J.-P. Dunand, *Le testament oral en droit suisse et dans l'ancien droit neuchâtelois*, [w:] *Pour un droit pluraliel: études offertes au professeur Jean-François Perrin*, éd. J. Kellerhals, D. Manai, R. Roth, Basel 2002, s. 33 i nast.; P. Breitschmidt, *Bericht zu den Konturen eines „zeitgemässen Erbrechts“ zu Handen des Bundesamtes für Justiz zwecks Umsetzung der „Motion Gutzwiler“*, Not@lex/succesio, 2014, s. 7-27; M. Cottier, *Ein zeitgemässes Erbrecht für die Schweiz. Bericht zur Motion 10.3524 Gutzwiler „Für ein zeitgemässes Erbrecht“ zuhanden des Bundesamtes für Justiz*, Not@lex/succesio 2014, s. 29-55; G.W. Beyer, C.G. Hargrove, *Digital Wills. Has the Time Come for Wills to Join the Digital Revolution?*, „Ohio Northern University Law Review“ 2007, Vol. 865, No. 33, s. 865 i nast.; K. Osajda, *Wpływ rozwoju techniki na uregulowanie formy testamentu - rozważania de lege ferenda*, „Rejent” 2010, nr 5, s. 55 i nast.; M. Załucki, *Współczesne tendencje rozwoju dziedziczenia testamentowego - czyli nie tylko o potrzebie wprowadzenia wideotestamentu do nowego kodeksu cywilnego*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2012, nr 2, s. 23-52.

¹⁸ Por. *Summary of Legislation. Senate Bill 33*, Carson City (NV) 2001, s. 71 i nast.

¹⁹ Zob. dyskusję, jaka miała miejsce w tamtejszym senacie 29 maja 2001 r.: *Minutes of the Senate Committee on Judiciary. Seventy-First Session*, dostępna na: www.leg.state.nv.us [stan na: 27.11.2017].

przepisu art. 133.085 *Nevada Revised Statutes*, testament elektroniczny to taki testament, który jest: a) napisany, utworzony i przechowywany jako rekord elektroniczny; b) zawiera datę i podpis elektroniczny testatora, który to z kolei zawiera co najmniej jeden cech uwierzytelniający - c) testatora²⁰. W tym ostatnim wypadku chodzi o linie papilarne, tęczówkę oka, siatkówkę oka, głos, kształt twarzy czy zdigitalizowany podpis (art. 133.085 ust. 6 a. *Nevada Revised Statutes*). Konieczne jest przy tym, by istniała tylko jedna kopia autorytatywna (oryginał), która jest utrzymywana i kontrolowana przez testatora, ew. powiernika wskazanego przez testatora, a każda zmiana tej kopii autorytatywnej byłaby łatwa do zidentyfikowania, a wykonanie dalszych kopii tego testamentu pozwalałoby na zidentyfikowanie, że taka kopia nie stanowi oryginału²¹.

Biometria w regulacji prawnośpadkowej zagrociła więc na dobre. Metody identyfikacji spadkodawcy sięgają do wyników badań nauk biometrycznych zdaje się interesującym sposobem zapewnienia rozwinięciem prawa spadkowego realizacji funkcji przepisów o formie testamentu. Każda okoliczność, która w przypisanej przez prawo formie potwierdza fakty związane z rozstrzygnięciem przez jednostkę *mortis causa*, może odgrywać zasadniczą rolę w sferze poznania i ustalenia faktów mających znaczenie dla rozstrzygnięcia danej sprawy spadkowej. W wypadku rozwiązania ze stanu Nevada chodzi o ustalenie to samo co spadkodawcy za pomocą dostępnych danych biometrycznych, których wykorzystanie ma być źródłem dowodu potwierdzającego okoliczności testowania.

Tego rodzaju forma testamentu, wykorzystująca wszystkie możliwe zalety nowych technologii, zdaje się rozwiązywać niektóre problemy prawnośpadkowe. Sporządzenie testamentu jako rekordu elektronicznego i jego przechowywanie w taki sposób oznacza w rzeczywistości konieczność wykorzystania takiego urządzenia technicznego, które umożliwiałoby wprowadzanie tekstu i jego utrwalenie a także - następnie - ograniczenie dostępu do tego tekstu, tak by uniemożliwić nieautoryzowany dostęp do sporządzonego w ten sposób testamentu²². Systemy rozpoznające układ linii papilarnych, geometrię dłoni, brzmienie głosu, obraz tęczówki czy siatkówki oka mogłyby w tym celu przydatne²³. Dzięki takim rozwiązaniom ustawowym współczesne prawo spadkowe

²⁰ Por. R.J. Aalberts, *Real Estate Law*, Stamford (CT) 2015, s. 401.

²¹ Por. D. Clifford, *Estate Planning Basics*, Berkeley (CA) 2015, s. 89.

²² M.B. Leslie, S.E. Sterk, *Trusts and Estates*, St. Paul (MN) 2016, s. 57.

²³ K.B. Gee, *Electronic Wills At Our Fingertips. Should They Be Admitted to Probate?*, „Cleveland Metropolitan Bar Journal” 2013, No. 12, s. 1 i nast.

przechodzi przeobrażenia, które w praktyce mogą zaowocować zwiększeniem sporządzania liczby o wiadczenie ostatniej woli. Można się bowiem spodziewać, że tego typu rozwiązania ustawowe posłużą przede wszystkim młodszemu pokoleniu, które – być może – gdyby miało korzystać z tradycyjnych instrumentów, nie sporządziłoby testamentu w ogóle²⁴.

W świetle powyższego można pokusić się o kilka wniosków. Tradycyjne problemy prawa spadkowego istnieją także współcześnie, choć niekoniecznie muszą mieć taki sam wymiar jak dawniej. O ile w wypadku testamentu jednym z podstawowych problemów jest zapewnienie wiarygodnych dowodów jego pochodzenia, co wiąże się z przedstawieniem intencji spadkodawcy, o tyle współcześnie istnieje wiele nowoczesnych metod pozwalających na dokonanie tego rodzaju ustaleń. To jednak poszczególni ustawodawcy winni dostrzec potencjalne możliwości konkretnych rozwiązań i ewentualnie je wykorzystać. Dotyczy to także osignięć biometrii, których inkorporacja do prawa spadkowego doprowadziłaby do uwspółcześnienia tej dziedziny prawa. Już z tej przyczyny wydaje się to potrzebne.

²⁴ Sonda o aktywności potencjalnych spadkodawców w tym zakresie należałoby jednak do rzadkości. Jednym z takich unikatowych sond jest sonda Kantar Milward Brown przeprowadzona w Polsce od 28 do 31 sierpnia 2017 r. w ramach kampanii społecznej Napisz Testament, z którego wynika m.in. że tylko 13 na 100 Polaków powyżej 50 roku życia sporządziło już testament, zob. www.napisztestament.org.pl [stan na: 27.11.2017].